

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dipartimento di Scienze Giuridiche “A. Cicu”

Dottorato di ricerca in Diritto delle Comunità europee (SSD IUS/14)
Coordinatore: Prof.ssa Lucia Serena Rossi
XIX Ciclo

PRINCIPI PENALISTICI E SANZIONI ANTITRUST
COMUNITARIE

Relatore:
Chiar.mo Prof.
PIETRO MANZINI

Candidato:
MARIA FRANCESCA PORTINCASA

Controrelatore:
Chiar.mo Prof.
MARCO GESTRI

Anno esame finale: 2007

INDICE

CAPITOLO 1

NATURA GIURIDICA DELLE SANZIONI ANTITRUST COMUNITARIE

1. Premessa	p. 1
2. Tipologia di sanzioni applicabili alle imprese per infrazioni degli articoli 81 e 82 CE	p. 3
3. Tipologie di sanzioni applicabili alle concentrazioni	p. 7
4. Modalità di intervento a disposizione del legislatore per garantire l'osservanza dei precetti legislativi	p. 11
5. Finalità della potestà punitiva	p. 14
6. Segue: effetto deterrente	p. 16
7. Natura giuridica delle sanzioni antitrust comunitarie	p. 18
8. Sanzioni antitrust e tutela dei diritti fondamentali di difesa	p. 26
9. Applicazione alle sanzioni antitrust delle tutele previste dalla CEDU a dalla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia penale ..	p. 30
10. Giurisprudenza comunitaria	p. 36

CAPITOLO 2

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

1. Il principio <i>ne bis in idem</i> e sua valenza sul piano internazionale	p. 41
2. Concetto di <i>idem factum</i>	p. 46
3. <i>Ne bis in idem</i> all'interno del diritto comunitario	p. 51
4. <i>Ne bis in idem</i> tra procedimenti nazionali e comunitari	p. 55
5. <i>Ne bis in idem</i> in relazione a sanzioni comunitarie e di Paesi.	p. 62
6 Considerazioni conclusive	p. 69

CAPITOLO 3

RESPONSABILITÀ PERSONALE E SANZIONI ANTITRUST COMUNITARIE

1. Premessa	p. 73
2. Soggetti attivi degli illeciti antitrust.....	p. 76
3. Gruppi di società	p. 81
4. Imputabilità degli illeciti concorrenziali ai gruppi di imprese.....	p. 86
5. Imputabilità degli illeciti ai successori	p. 89
6. Imputabilità degli illeciti ai dipendenti	p. 97
7. Principio di responsabilità personale e pratica del grouping	p. 99
8. Superamento dei limite del 10% del fatturato nei calcoli intermedi e principio di personalità della pena	p. 103
9. Circostanze aggravanti ed attenuanti: premesse	p. 105
10. Contenuto degli Orientamenti.....	p. 107
11. Recidiva	p. 110
12. Rifiuto di qualsivoglia cooperazione o tentativi di ostruzionismo durante l'inchiesta.....	p. 120
13. Ruolo di leader o istigatore	p. 121
14. Misure di ritorsione.....	p. 123
15. Necessità di tenere conto degli utili illeciti realizzati grazie all' infrazione	p. 124
16. Altre circostanze aggravanti.....	p. 124
17. Ruolo esclusivamente passivo o emulativo	p. 125
18. Non applicazione della pratica abusiva.....	p. 126
19. Dubbio ragionevole circa il carattere di infrazione del comportamento....	p. 127
20. Collaborazione effettiva al di fuori dell'ambito di applicazione della comunicazione sulla non imposizione di ammende.....	p. 129
21. Prova di aver posto fine alle attività illecite immediatamente dopo i primi interventi della Commissione	p. 130
22. Altre circostanze	p. 131

CAPITOLO 4

PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA E SANZIONI ANTITRUST COMUNITARIE

1. Nesso psichico	p. 135
2. Necessità dell'elemento psicologico ai fini della sussistenza dell'illecito antitrust	p. 139
3. Nozione di internazionalità e negligenza e conseguenze di una valutazione errata	p. 141
4. Elemento psicologico : requisito costitutivo della fattispecie o requisito per l'attivazione della potestà sanzionatoria della Commissione	p. 146
5. Ignoranza della legge e rilevanza dell'errore al fine dell'esclusione della responsabilità	p. 152
6. Segue: applicazione della disciplina dell'errore nel diritto comunitario della concorrenza	p. 158
7. Necessità di distinguere l'intenzionalità e le negligenza quantomeno sotto il profilo della graduazione della sanzione.....	p. 163
8. Accertamento dell'elemento psicologico all'interno dell'organizzazione aziendale	p. 166
9. Elemento soggettivo e intese.....	p. 171
10. Segue: decisioni di associazione di imprese	p. 175
11. Responsabilità solidale e teoria della dissociazione espressa	p. 180
12. Elemento soggettivo e pratiche concordate	p. 184
13. Elemento soggettivo ed infrazione complessa	p. 196
14. Elemento soggettivo a abuso di posizione dominante	p. 199
15. Elemento soggettivo e concentrazioni	p. 207

CAPITOLO 5

PRINCIPIO DI LEGALITÀ

1. Premessa	p. 209
2. Contenuto del principio di legalità con riferimento al precetto	p. 210
3. Contenuto del principio di legalità con riferimento alla sanzione	p. 212

4. Riconoscimento del principio di legalità al diritto della concorrenza	p. 213
5. Applicabilità del principio di legalità al diritto della concorrenza	p. 216
6. Fondamenti normativi del potere sanzionatorio della Commissione.....	p. 219
7. Legittimità del regolamento n. 17 del 1962	p. 220
8. Principio di legalità e prassi sanzionatoria della Commissione anteriore all’emanazione degli Orientamenti	p. 227
9. Orientamenti della Commissione del 1998 per il calcolo delle ammende ..	p. 233
10. Contenuto degli Orientamenti	p. 234
11. Censure relative alla supposta illegittimità degli Orientamenti	p. 237
12. Orientamenti e principio di irretroattività	p. 244
13. Orientamenti e legittimo affidamento	p. 248
14. Orientamenti e principio di proporzionalità.....	p. 250
15. Riflessioni sugli Orientamenti	p. 251
16. Nuovi Orientamenti per il calcolo delle ammende	p. 255
17. Prime considerazioni sui nuovi Orientamenti	p. 258
18. programmi di clemenza: considerazioni generali	p. 263
19. Comunicazione sulla non imposizione o riduzione di ammende del 1996.....	p. 267
20. Critiche alla Comunicazione del 1996	p. 268
21. Nuova Comunicazione sulla non imposizione o riduzione di ammende del 2002	p. 272
22. Critiche alla Comunicazione del 2002	p. 275
23. Possibilità di scambio di informazioni tra le autorità nazionali della concorrenza	p. 276
24. Draft di un nuovo programma di clemenza	p. 281
25. Prescrizione del potere di infliggere ammende e di constatazione di un infrazione già cessata	p. 283
 CONCLUSIONI	 p. 290
 BIBLIOGRAFIA	 p. 291
GIURISPRUDENZA CITATA	p. 303
CORTE DI GIUSTIZIA E TRIBUNALE DI PRIMO GRADO	p. 303
SENTENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI.....	p. 314

DECISIONI DELLA COMMISSIONE	p. 316
ATTI VINCOLANTI DI DIRITTO DERIVATO	p. 319
ATTI NON VINCOLATI	p. 320

CAPITOLO 1

NATURA GIURIDICA DELLE SANZIONI ANTITRUST COMUNITARIE

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Tipologie di sanzioni applicabili alle imprese per infrazioni degli articoli 81 e 82 CE; 3. Tipologia di sanzioni applicabili alle concentrazioni; 4. Modalità di intervento a disposizione del legislatore per garantire l'osservanza dei precetti legislativi; 5. Finalità della potestà punitiva; 6. Segue: effetto deterrente; 7. Natura giuridica delle sanzioni antitrust comunitarie; 8. Sanzioni antitrust e tutela dei diritti fondamentali di difesa; 9. Applicazione alle sanzioni antitrust delle tutele previste dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia penale; 10. Giurisprudenza comunitaria

1. Premessa

Nel corso degli anni si è assistito ad una progressiva crescita nella frequenza e nell'ammontare delle sanzioni comminate per violazioni delle regole comunitarie poste a tutela della concorrenza. Nell'epoca immediatamente successiva all'adozione del Trattato di Roma, l'applicazione di queste regole ed in particolare l'inflizione di ammende è stata oggetto di una politica, per così dire, di *self-restraint* da parte della Commissione, al fine di consentire alle imprese di adeguarsi alla nuova normativa, che non trovava precedenti in Europa¹. Tale atteggiamento ha consentito lo sviluppo di un rilevante numero di casi, permettendo così di specificare la portata dei divieti contenuti negli articoli 81 e 82 CE e di formare un vero e proprio *corpus* di regole². A partire degli anni '80, tuttavia, si è assistito ad una inversione di

¹ Al termine della seconda Guerra Mondiale solamente la Germania possedeva una legislazione antitrust, che comunque si riferiva unicamente ai monopoli e non si occupava delle intese. Per ampi riferimenti, cfr. W. P. J. WILS, *EC Competition Fines: To Deter or Not to Deter*, in *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Essay in Law & Economics*, The Hague, London, New York, 2001, pp. 43-44; M. MOTTA, *Competition Policy*, Cambridge, 2004; P. J. SLOT, *A view from the mountain: 40 years of development in EC Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 443-447.

² Sul ruolo chiarificatore della Commissione nei primi anni di applicazione degli articoli 81 e 82 cfr. *Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in *GUCE* C 132 del 15 maggio 1999, p.1.

tendenza che ha condotto ad un notevole aumento, sia nella frequenza dell'imposizione delle sanzioni sia, soprattutto, nel loro *quantum*³.

Questa nuova politica più rigorosa, ha ricevuto, dapprima, formale avallo da parte della Corte di Giustizia, che nella nota sentenza *Musique Diffusion Française*⁴, dopo aver sottolineato l'importanza del compito della Commissione di indagare e reprimere le infrazioni e di orientare in questo modo il comportamento delle imprese, ha statuito che “*l'esigenza di applicare le regole di concorrenza comunitarie impone che la Commissione possa in ogni momento, adattare il livello delle sanzioni alle esigenze della politica [di concorrenza]*”. Successivamente, la Commissione ha annunciato in maniera espressa che avrebbe fatto un uso più incisivo del suo potere di infliggere ammende, aumentandone considerevolmente gli importi⁵. Tuttavia, è solo con l'adozione, nel 1998, degli “*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15, n. 2 del regolamento 17 e dell'art. 65, n. 5, del Trattato CEE*”⁶ che l'attuazione della politica di concorrenza è entrata in una nuova fase, più rigorosa, che ha condotto ad un inasprimento senza precedenti del livello delle ammende comminate⁷. Tali Orientamenti sono stati recentemente sostituiti con nuovi “*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23 paragrafo 2, lett. a) del regolamento (CE) n. 1/2003*”⁸.

Tale nuovo severo *trend* della Commissione, rinvenibile anche a livello internazionale⁹, ha avuto come diretta conseguenza il riaccendersi del

³ F. ARBAULT, *La politique de la Commission en matière d'amendes antitrust: récents développements, perspectives d'avenir*, in *Competition Policy Newsletter* del 13 agosto 2003, p. 1 e ss, il quale pone in evidenza come negli ultimi 5 anni [n.d.r. senza però tenere conto delle sanzioni comminate in epoca successiva, tra cui quella relativa al caso *Microsoft*, la più alta mai inflitta a livello comunitario] la Commissione abbia imposto sanzioni per un ammontare pari a quasi 4 miliardi di euro.

⁴ Sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *Musique Diffusion Française* c. Commissione, cause riunite 100-103/80, in *Racc.*, 1983, p. 1825.

⁵ *XXI Rapporto sulla concorrenza*, 1991, p. 139. La Commissione ha anche aggiunto che avrebbe preso come punto di riferimento per la commisurazione della sanzione il guadagno ottenuto dalla violazione e nei casi ritenuti opportuni avrebbe potuto aumentare o diminuire l'ammontare così determinato a seconda delle circostanze del caso concreto, incluse anche considerazioni di deterrenza o di penalizzazione.

⁶ In *GUCE*, 1998, C 9, p. 3.

⁷ Cfr. Libro Bianco sulla modernizzazione, punto 8 “*Gli sforzi della Commissione si concentrano ora sull'obiettivo di garantire una concorrenza effettiva, individuando e bloccando i cartelli transfrontalieri e mantenendo strutture di mercato competitive*”.

⁸ In *GU* del 1.9.2006 C 210, p. 2 e ss.. Per maggiori riferimenti si veda *infra* Capitolo 4.

⁹ A livello internazionale, infatti, è rinvenibile un orientamento volto ad una lotta senza quartiere ai cartelli. Cfr. sul punto le indicazioni fornite dall'OCSE nella pubblicazione del

dibattito¹⁰, per il vero mai del tutto sopito, relativo al rispetto dei diritti di difesa durante l'infrazione di sanzioni antitrust. Le tutele cui si fa riferimento sono quelle tipiche del diritto penale, ed in particolar modo il principio di legalità, inteso quale tassatività e determinatezza delle norme, irretroattività e divieto di analogia, il principio del *ne bis in idem*, la presunzione di innocenza, il principio di colpevolezza, la proporzionalità delle pene. La possibilità ed il livello di applicazione di dette tutele anche nell'ambito della comminazione delle sanzioni antitrust dipende essenzialmente dalla loro classificazione come "civile" o comunque "amministrativa" oppure come "penale".

2. Tipologia di sanzioni applicabili alle imprese per infrazioni degli articoli 81 e 82 CE

Prima di procedere all'analisi sulla natura e sul conseguente livello di applicazione di principi prettamente penalistici alle sanzioni antitrust comunitarie, occorre individuare la tipologia di sanzioni applicabili per la violazione di detta normativa.

Gli articoli 81 e 82 del Trattato CE vietano rispettivamente le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, e lo sfruttamento abusivo di posizione dominante, senza nulla disporre in merito alla tipologia di sanzioni applicabili.

L'art. 83 CE abilita il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo ad adottare regolamenti e direttive ai fini dell'attuazione dei principi contenuti negli articoli 81 e 82 CE. Secondo quanto disposto dalla lettera a) del paragrafo 2 di detto articolo, tali disposizioni devono, in particolare, "*garantire l'osservanza dei divieti di cui all'art. 81, par. 1, e all'art. 82, comminando ammende e penalità di mora*".

2002 relativa a *Fighting Hard-Core Cartels. Harms, Effective Sanctions and Leniency Programs*, reperibile sul sito www.oecd.org.

¹⁰ L. ARNAUDO, *Le sanzioni della disciplina della concorrenza: natura, limiti e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, p. 611 e ss.. L'A. pone in evidenza come con riferimento alla disciplina del Trattato CECA varie voci si fossero levate a favore della natura penale delle relative sanzioni. Il dibattito è stato considerato chiuso con l'emanazione da parte delle Istituzioni comunitarie del regolamento n. 17/62 in cui espressamente si era stabilita la natura non penale delle sanzioni antitrust.

Nessuna specificazione viene fornita circa la natura e le concrete modalità applicative di dette sanzioni. Il Consiglio ha quindi dapprima adottato il regolamento n. 17/62¹¹ e successivamente il nuovo regolamento n. 1/2003¹², che ha comportato notevoli modifiche alla disciplina della concorrenza.

Con precipuo riferimento alle sanzioni, la nuova normativa non si discosta notevolmente dalla previgente, se non nella misura in cui vengono previste sanzioni correlate ai nuovi, più penetranti, poteri di indagine della Commissione¹³, e per l'eliminazione degli stringenti limiti edittali¹⁴ stabiliti, in precedenza, per le penalità di mora.

L'art. 23 del regolamento n. 1/2003 prevede diversi tipi di sanzioni che possono essere comminate alle imprese o associazioni di imprese, alcune per violazioni di norme procedurali ed altre per violazione di norme sostanziali.

Per quanto concerne la prima tipologia delle sanzioni, esse attuano una funzione, per così dire, strumentale¹⁵, in quanto sono volte essenzialmente a garantire l'ottemperanza dei provvedimenti adottati dalla Commissione e per assicurare l'acquisizione delle informazioni necessarie all'attività di *enforcement* della politica di concorrenza. La Commissione può, dunque, irrogare ammende che possono giungere fino all'1% del fatturato totale delle imprese coinvolte, quando esse, intenzionalmente o per negligenza, forniscono risposte inesatte o fuorvianti ad una domanda loro rivolta nel corso di un'indagine relativa ad un settore specifico dell'economia o nell'ambito di un tipo particolare di accordi in un determinato settore (art. 17) o ad una domanda contenente una richiesta di informazioni (art. 18 par. 2). Nel caso in cui dette richieste di informazioni vengano effettuate tramite decisione, viene prevista la possibilità di comminare sanzioni anche per l'ipotesi di mero ritardo nella

¹¹ Regolamento n. 17 del Consiglio del 6 febbraio 1962 – Primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, in *GUCE* n. 13, 1962, p. 204.

¹² Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in *GU L* 1 del 4 gennaio 2003, p. 1.

¹³ Per un'ampia disamina sui nuovi poteri investigativi della Commissione si veda C. KERSE – N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, Fifth edition, London Sweet & Maxwell, 2005 e bibliografia ivi citata.

¹⁴ L'art. 15 prevedeva, infatti, che la Commissione potesse infliggere penalità di mora varianti da cinquanta a mille unità di conto.

¹⁵ Cfr. sul punto P. FATTORI – M. DE VITA, *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, in *Temi e Problemi*, settembre 1996, p. 7, reperibile sul sito dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, www.agcm.it, in cui viene evidenziato come questa categoria di sanzioni sia essenzialmente funzionale alla garanzia dell'effettivo esercizio dei poteri che possiedono le Autorità.

risposta, rispetto al termine stabilito nella decisione. Sanzioni possono altresì essere inflitte quando le imprese, nel corso degli accertamenti previsti dall'art. 20, forniscano in maniera incompleta libri o altri documenti richiesti o rifiutino di sottoporsi a detti accertamenti, quando essi vengono ordinati tramite decisione. Le imprese possono essere sanzionate se in risposta ad una richiesta di chiarimenti (sia essa formulata tramite decisione o meno) effettuata nel corso dei predetti accertamenti a rappresentanti o personale dell'impresa, questi forniscano risposte inesatte o fuorvianti o non le rettifichino entro il termine stabilito dalla Commissione, oppure vengano infranti i sigilli apposti dagli incaricati della Commissione.

Per quanto riguarda la violazione di norme sostanziali, invece, viene previsto che la Commissione possa infliggere ammende alle imprese ed associazioni di imprese che intenzionalmente o per negligenza commettano un'infrazione degli articoli 81 e 82 CE, non rispettino una decisione che impone misure cautelari o, infine, non rispettino un impegno reso obbligatorio mediante decisione.

Le sanzioni per le violazioni di carattere sostanziale non possano superare in nessun caso il 10% del fatturato totale dell'impresa realizzato durante l'esercizio sociale precedente.

L'ammontare dell'ammenda deve essere determinato tenendo in considerazione la gravità e durata dell'infrazione.

L'art. 24 prevede, poi, la possibilità di comminare penalità di mora, il cui importo può giungere fino al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo, che decorre dalla data fissata nella decisione della Commissione, per costringere un'impresa o un'associazione di imprese a porre fine ad un'infrazione accertata tramite decisione ai sensi dell'art. 7, a rispettare una decisione che dispone provvedimenti cautelari o che rende obbligatorio un impegno, o ad obbligarle a fornire una risposta esatta ad una richiesta di informazioni resa tramite decisione, o a sottoporsi agli accertamenti ordinati tramite decisione.

Il paragrafo 5 dell'art. 23, infine, enuncia espressamente la natura non penale di dette sanzioni¹⁶, mentre l'art. 24 relativo alle penalità di mora, tace

¹⁶ Secondo M. ZUEELEG, *Criminal sanctions to be Imposed on Individual as Enforcement Instrument*, in 2001 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2001/4-zueeleg.pdf, il tenore letterale dell'art. 83 CE, secondo il quale i regolamenti e le direttive di attuazione degli artt. 81 e 82 hanno lo

sul punto. Il 37° *Considerando* del regolamento sopra citato si preoccupa nondimeno di stabilire che la normativa ivi prevista “*ottempera ai diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Esso pertanto dovrebbe essere interpretato e applicato in relazione a detti diritti e principi*”.

La Commissione, al fine di rendere più trasparenti le modalità di calcolo delle ammende, ha adottato nel 1998 degli “*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’art. 15, paragrafo 2 del regolamento 17 e dell’articolo 65 paragrafo 5 del Trattato CEEA*”¹⁷, oggi sostituiti da nuovi Orientamenti che hanno radicalmente modificato l’approccio adottato dalla Commissione. Negli Orientamenti del 1998 veniva previsto che l’ammontare delle sanzioni doveva essere calcolato attraverso una serie di passaggi successivi, il primo dei quali consisteva nella determinazione di un importo-base commisurato unicamente alla gravità dell’infrazione. Queste ultime venivano distinte in tre categorie, ossia infrazioni poco gravi, gravi e molto gravi alle quali corrispondevano diversi importi, da 1000 euro per quelle poco gravi a più di 20 milioni di euro per quelle molto gravi. Tale approccio “forfetario” consentiva, al meno nelle intenzioni, di adattare le sanzioni alla gravità dell’infrazione commessa, permettendo così alla Commissione e ad i giudici comunitari di adottare un approccio effettivamente penalizzate per le imprese coinvolte nell’infrazione e che potesse essere realmente dissuasivo. Una metodologia di calcolo delle sanzioni basata unicamente sul fatturato delle imprese coinvolte, fosse quello globale oppure solamente quello relativo al mercato rilevante, non sarebbe risultata altrettanto efficiente, poichè avrebbe potuto consentire alle imprese coinvolte di effettuare trasferimenti fittizi di fondi per evitare la comminazione di ammende elevate e non avrebbe permesso di commisurare la sanzione alla gravità della condotta posta in essere dall’impresa. La Corte di Giustizia ha, infatti, sottolineato tale elemento statuendo che “*per valutare la gravità di un’infrazione, si deve tener conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa; tra questi fattori possono rientrare, a*

scopo, tra l’altro, di “garantire l’osservanza dei divieti di cui all’art. 81 § 1 e 82 §2”, non osta, in via di principio, all’adozione di sanzioni comportanti anche la privazione della libertà personale e pertanto propriamente penali (vedi *infra* par. 4.1).

¹⁷ *Cit.*, nota 6. Per maggiori riferimenti si veda *infra* Capitolo 4.

*seconda dei casi, il volume e il valore delle merci oggetto della trasgressione nonché le dimensioni e la potenza economica dell'impresa e, quindi, l'influenza che questa ha potuto esercitare sul mercato*¹⁸. Si riteneva, dunque, che la metodologia di calcolo adottata dalla Commissione e basata sulla gravità dell'infrazione avrebbe potuto permettere di perseguire in maniera più adeguata finalità punitive e dissuasive¹⁹. Oggetto di valutazione ai fini della quantificazione dell'ammenda dovevano essere sia la capacità degli autori dell'infrazione di arrecare danno agli altri operatori ed ai consumatori, sia la durata dell'infrazione, potendo tali elementi comportare eventuali aggiustamenti alla somma base, per fare in modo che l'importo della sanzione risultasse sufficientemente dissuasivo. Al termine di detto procedimento potevano poi essere applicate varie circostanze aggravanti ed attenuanti, che potevano condurre ad eventuali aumenti o diminuzioni dell'importo²⁰. Infine l'ammenda, così calcolata, tenendo conto di tutti gli elementi sopra esposti, poteva subire un aggiustamento nel caso in cui l'importo raggiunto avesse superato il limite del 10% del fatturato stabilito legislativamente. Gli Orientamenti sopra descritti sono stati oggetto di numerose censure e, come sopra accennato, sono stati recentemente sostituiti, con l'adozione di un approccio completamente diverso che accoglie quale parametro di riferimento una percentuale del fatturato rilevante²¹. Tali tematiche saranno trattate in maniera più approfondita nell'ambito del Capitolo 4.

3. Tipologie di sanzioni applicabili alle concentrazioni

Anche la disciplina delle concentrazioni è stata di recente oggetto di una riforma sostanziale, che ne ha consentito il ravvicinamento alle norme relativa alle intese ed abuso di posizione dominante a seguito delle modifiche apportate in seguito alla modernizzazione del diritto della concorrenza. Il

¹⁸ Sent. *Music Diffusion Française*, cit., punto 120.

¹⁹ In questo senso W. P. J. WILS, *The Commission New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases*, in *E. L. Rev.*, 1998, 23(3), pp. 252 e ss.; F. ARBAULT, *op. cit.*, p. 3.

²⁰ Su tale argomento vedi *infra* Capitolo 5.

²¹ In *GU C 210* del 1.9.06, p. 2 e ss..

regolamento 4064/89²² è stato infatti sostituito dal regolamento 139/2004²³ che ha introdotto taluni importanti cambiamenti alla disciplina previgente²⁴.

Come per il regolamento n. 1/2003, la nuova disciplina sulle concentrazioni non ha comportato significative innovazioni nelle sanzioni ivi previste, se non per adeguarle ai nuovi poteri di indagine della Commissione e con l'eliminazione dei limiti edittali²⁵ previsti per le infrazioni procedurali.

Le sanzioni previste per le infrazioni della disciplina delle concentrazioni si differenziano da quelle previste per la violazione degli articoli 81 e 82 sotto due aspetti. In primo luogo viene espressamente prevista la possibilità di sanzionare persone fisiche²⁶, ossia le persone che detengono il controllo di un'impresa ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. b). In secondo luogo, nel caso in cui venga realizzata una concentrazione previamente dichiarata incompatibile con il mercato comune, o se essa non abbia rispettato una condizione imposta, l'art. 8 par. 4 prevede la possibilità per la Commissione *“ordinare alle imprese interessate di dissolvere la concentrazione, in particolare mediante lo scioglimento dell'entità nata dalla fusione o la cessione di tutte le azioni o le parti del patrimonio acquisite, in modo da ripristinare la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione. Qualora la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione non possa essere ripristinata dissolvendo la concentrazione, la Commissione può prendere qualsiasi altra misura atta a ripristinare per quanto possibile tale situazione”*. La Commissione può,

²² In GUCE L 3835 del 31 dicembre 1989.

²³ In GU L 24 del 20 gennaio 2004, p. 1.

²⁴ Per ampi riferimenti cfr. J. SCHMIDT, *The New ECMR: “Significant impediment” or “significant improvement”?*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 1555 e ss.; T. SOAMES – S. MAUDHUIT, *Changes in EU Merger Control: Part 1*, in *E. C. L. R.*, 2005, pp. 57 e ss.; I. KOKKORIS, *The Reform of European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtur Case – The Eagerly Expected Debate: SLC v. Dominance Test*, in *E. C. L. R.*, 2005, pp. 37 e ss.; M. MEROLA – L. ARMATI, *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti di procedura*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 137.

²⁵ L'art. 15 del regolamento previgente prevedeva che le penalità di mora non potessero superare l'importo di 25.000 ECU per ogni giorno di ritardo nell'adempimento delle decisioni della Commissione.

²⁶ Per il vero questa possibilità, a livello teorico, è prevista anche nel caso degli articoli 81 e 82 CE, in quanto il concetto di intesa è un concetto comunitario e comprende qualsiasi entità che svolge attività economica. Anche i liberi professionisti, pertanto, potrebbe essere considerati “imprese” ed essere sanzionati per comportamenti anticoncorrenziali. Fino ad ora non è però mai accaduto che le istituzioni comunitarie sanzionassero persone fisiche. Per riferimenti in proposito, oltre infra cap. 3; W.P.J. WILS, *The Undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringement to natural or legal person*, in *European Law Review*, 2000, p. 99 e ss.

inoltre “ordinare qualsiasi altra misura opportuna per assicurare che le imprese smembrino la concentrazione o prendano altri provvedimenti di ripristino della situazione anteriore come ordinato nella sua decisione”. Questa tipologia di misure, a rigore, non rientra nelle sanzioni in senso stretto, ma può, nondimeno, avere incidenza sui diritti fondamentali delle imprese, in particolare con riferimento al diritto di proprietà, così come stabilito negli articoli 1 del Protocollo addizionale 1 della CEDU²⁷ e articolo 17 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea²⁸.

La riforma ha anche comportato un mutamento nei criteri per la valutazione della compatibilità di una concentrazione nel mercato comunitario. Mentre, infatti, in precedenza venivano vietate le concentrazioni che potevano creare o rafforzare una posizione dominante da cui fosse risultato un ostacolo significativo per la concorrenza effettiva, oggi, il nuovo articolo 2 prevede che debbano essere considerate incompatibili con il mercato comune le concentrazioni che “ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante”. Il mutamento è significativo, soprattutto per quanto riguarda i mercati oligopolistici ed in generale quei mercati in cui, senza che venga raggiunta la soglia della dominanza, può aversi un “conscious parallelism”²⁹, ossia una situazione in cui le parti dell’oligopolio, osservando i comportamenti delle altre parti, riescono a massimizzare i profitti ed a porre in essere comportamenti paralleli senza che tra di loro occorra alcun contatto. Questa situazione può essere estremamente dannosa per la concorrenza, in quanto le imprese adottano comportamenti uniformi senza mantenere un atteggiamento competitivo, ma finora la Commissione non aveva modo di intervenire. Tali

²⁷ Firmato a Parigi il 20 marzo 1952. L’art. 1 recita “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità ed alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali previsti dal diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.

²⁸ “Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L’uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall’interesse generale.

²⁹ La proprietà intellettuale è protetta”.

²⁹ R. WHISH, *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis Butterworths, 2003, p. 505-508.

comportamenti sono dovuti principalmente a situazioni strutturali del mercato e non sono riconducibili né a intese ai sensi dell'art. 81 CE poiché tra le imprese non esiste alcun contatto diretto o indiretto, né viene raggiunta la soglia dell'abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE³⁰. La nuova previsione dell'art. 2, assumendo come parametro di riferimento l'ostacolo significativo della concorrenza – che possa eventualmente derivare dalla costituzione o rafforzamento di una posizione dominante – può, quindi, permettere alle istituzioni comunitarie un intervento³¹ in questi mercati, nell'ipotesi in cui si abbia una concentrazione, anche se questa non conduce alla creazione, né al rafforzamento di una posizione dominante. Ciò potrà assumere particolare rilevanza sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, inteso nella accezione della certezza del diritto, in quanto le situazioni di oligopolio sono suscettibili di diverse interpretazioni a seconda delle teorie economiche prese a riferimento³².

³⁰ Al proposito deve essere rilevato che la parte 4 dell'*Enterprise Act* 2002 del Regno Unito prevede la possibilità per l'*Office of Fair Trade* (OFT, l'Autorità per la tutela della concorrenza) ed in taluni casi anche il *Secretary of State*, di deferire alla *Competition Commission* una "market investigation" nell'ipotesi in cui abbia ragionevoli motivi per sospettare che una caratteristica o una combinazione di caratteristiche di un dato mercato possano impedire, restringere o falsare la concorrenza nel Regno Unito o in una sua parte. Nel caso in cui, all'esito dell'indagine, la *Competition Commission* accerti l'esistenza di effetti negativi sulla concorrenza, deve adottare i rimedi più opportuni. Per ampi riferimenti, cfr. R. WISH, *op. cit.*, p. 412 e ss.. Per maggiori riferimenti sull'argomento si veda *infra* Capitolo 3.

³¹ Cfr. 25° Considerando "Date le conseguenze che le concentrazioni possono avere nelle strutture di mercato oligopolistiche, è ancor più necessario mantenere una concorrenza effettiva in tali mercati. Molti mercati oligopolistici presentano una concorrenza vivace. Tuttavia, in determinate circostanze, le concentrazioni che comportano l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, così come una riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti possono, anche in assenza di una probabilità di coordinamento tra i membri dell'oligopolio, dar luogo ad ostacoli significativi ad una concorrenza effettiva. Tuttavia, a tutt'oggi gli organi giurisdizionali comunitari non hanno espressamente interpretato il regolamento (CEE) n. 4064/89 nel senso che imponga l'obbligo di dichiarare incompatibili con il mercato comune le concentrazioni che danno luogo a tali effetti non coordinati. Pertanto, nell'interesse della certezza del diritto occorre precisare che il presente regolamento consente un controllo efficace di tutte le concentrazioni di questo tipo, prevedendo che qualsiasi concentrazione che ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato interno o in una sua parte sostanziale debba essere dichiarata incompatibile con il mercato comune. La nozione di "ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva", di cui all'articolo 2, paragrafi 2 e 3, dovrebbe essere interpretata come riguardante, al di là del concetto di posizione dominante, solo gli effetti anticoncorrenziali di una concentrazione risultante da un comportamento non coordinato di imprese che non avrebbero una posizione dominante sul mercato in questione".

³² Cfr. G. J. WERDEN, *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, in *Antitrust Law Journal*, 2004, p. 720. Per maggiori riferimenti vedi *infra* Capitolo 3.

Anche per quanto riguarda le concentrazioni, la disciplina comunitaria prevede sanzioni sia connesse a violazioni di carattere procedurale, sia a violazioni di carattere sostanziale. L'art. 14 stabilisce che la Commissione possa infliggere alle persone fisiche che controllano un'impresa o alle imprese o associazioni di imprese, ammende che possono raggiungere l'1% del fatturato, quando intenzionalmente o per negligenza forniscano indicazioni inesatte o fuorvianti durante la notificazione dell'operazione o in risposta ad una richiesta di integrazioni alla notificazione; in occasione di accertamenti *in loco* forniscano risposte false o fuorvianti o non forniscano in maniera completa i documenti richiesti; in risposta ad una richiesta di informazioni forniscano indicazioni inesatte o fuorvianti o non le rettifichino entro il termine stabilito dalla Commissione; non forniscano o si rifiutino di fornire risposte su fatti inerenti l'oggetto di un'ispezione; vengano infranti i sigilli.

La Commissione, inoltre, può infliggere ai medesimi soggetti sopra menzionati sanzioni che possono giungere sino al 10% del fatturato quando, intenzionalmente o per negligenza, omettano di notificare una concentrazione, o la realizzino durante il periodo di sospensione o in spregio ad una decisione di incompatibilità, o non osservino una condizione o un onere imposto.

Come per le intese e l'abuso di posizione dominante, l'art. 14 si preoccupa di precisare il carattere non penale delle ammende; queste devono poi essere commisurate al tipo ed alla gravità dell'infrazione.

Con riferimento alle penalità di mora, l'art. 15 prevede che possano essere comminate ammende, nel limite del 5% del fatturato medio giornaliero per ogni giorno di ritardo, al fine di costringere le imprese a fornire in maniera completa ed esatta una risposta alla richiesta di informazioni, a sottoporsi ad un'ispezione, ad osservare un onere imposto, a conformarsi alle misure adottate nell'ipotesi in cui una concentrazione sia stata realizzata senza notifica o, comunque, durante il periodo di sospensione o nonostante una decisione di segno contrario da parte della Commissione.

4. Modalità di intervento a disposizione del legislatore per garantire l'osservanza dei precetti legislativi

Al fine di meglio comprendere la rilevanza dell'aspetto sanzionatorio e le implicazioni concrete dello stesso nell'attuazione della politica di

concorrenza appare opportuno dedicare brevi cenni a quella parte della dottrina³³ che, basandosi sull'analisi economica del diritto, ha individuato tre distinte modalità di intervento utilizzabili dal legislatore per garantire il rispetto e l'esatta esecuzione delle leggi. La premessa di tale ragionamento consiste nell'assumere che i soggetti coinvolti in violazioni dei precetti legislativi agiscano come individui razionali, i quali commettono violazioni solo, e solo se, l'utilità attesa dal compimento dell'azione vietata, considerando il guadagno e le probabilità che l'infrazione venga scoperta e punita, eccede l'utilità che deriverebbe invece dal non commettere l'azione³⁴.

Le modalità di azione del legislatore riguardano essenzialmente la tempistica dell'azione legale, la forma della sanzione e il ruolo dei privati rispetto a quello degli organi statali. Per quanto concerne il primo aspetto, l'intervento legale può avvenire *ex ante*, ossia cercando di prevenire il verificarsi di un dato comportamento non conforme alla legge, oppure *ex post*, punendo il soggetto dopo che ha posto in essere una determinata condotta³⁵. La sanzione, poi, può assumere diverse forme a seconda della scelta effettuata dal legislatore, potendo rivestire carattere meramente pecuniario oppure di altro genere, quest'ultime potendo implicare la privazione della libertà personale. Il ruolo dei privati nell'*enforcement* può, invece, essere incentivato favorendo il loro accesso al sistema giudiziario, ad esempio attraverso un abbattimento dei costi connessi ad un'azione giudiziaria e garantendo loro adeguati strumenti risarcitori per il ristoro degli eventuali danni subiti.

Trasponendo tali considerazioni alla materia antitrust, si può osservare, in primo luogo, come la via della prevenzione appaia impraticabile, in quanto risulterebbe eccessivamente costosa e non garantirebbe un'esatta esecuzione di dette norme. Per garantire un'efficace azione *ex ante*, la Commissione dovrebbe poter conoscere ogni singolo comportamento delle imprese, al fine di poterne valutarne l'adequatezza e la conformità agli articoli 81 ed 82 CE. L'impossibilità di adottare in maniera efficace una tale

³³ S. SHAVELL, *The Optimal Structure of Law Enforcement*, in *Journal of Law and Economics*, 1996, vol. 36, p. 255; W.P.J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Essays in Law & Economics*, cit., p. 15.

³⁴ A. M. POLINSKY – S. SHAVELL, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, in *Journal of Economic Literature*, 2000, pp. 45 e ss..

³⁵ La sanzione, in quest'ultimo caso dovrà essere comminata solo nell'ipotesi in cui l'atto sia stato effettivamente commesso, oppure nel caso in cui si verifichi un danno ad altri soggetti, dipendendo essenzialmente dalle teorie prese a riferimento.

metodologia è intuitiva. L'idea stessa di prevenzione implica, infatti, che le autorità competenti siano in grado di conoscere con precisione ogni decisione adottata dalle imprese, per poter intervenire quando i potenziali illeciti si trovano ancora in uno stadio embrionale. La Commissione non potrebbe mai essere in grado di conoscere tutte le azioni di tutte le imprese, sia per carenza di risorse, sia per asimmetrie informative. Le imprese, infatti, tenderebbero a non fornire alla Commissione notizie utili all'identificazione degli illeciti e la Commissione non sarebbe in grado di ottenere dette informazioni coattivamente, perché dotata di risorse limitate, occupate ad analizzare il flusso di informazioni fornito dalle imprese e relativo, invece, a comportamenti leciti. Tale ragionamento risulta provato dall'analisi della disciplina previgente. Come è noto, infatti, con il regolamento n. 17/62 si era adottato un sistema di notificazione preventiva delle intese che ha dato ampiamente prova della sua inefficienza tanto che è stato completamente eliminato dal nuovo regolamento n. 1/2003. Il sistema della notificazione preventiva delle intese non riusciva a garantire l'identificazione e la punizione delle infrazioni più gravi, poiché le imprese provvedevano a comunicare solamente quegli accordi che avevano alte possibilità di essere esentati o che erano perfettamente leciti, mentre le infrazioni *hard core* rimanevano nascoste e spesso impunte³⁶. Con riferimento alla disciplina della concentrazioni, invece, il sistema della notificazione preventiva risulta maggiormente percorribile, dato l'esiguo numero di tali operazioni e la complessità delle stesse³⁷, che non consentono mutamenti repentini nell'accertamento dei fatti.

Il ruolo dei privati riveste un ruolo ancora estremamente limitato a livello di *enforcement* del diritto antitrust europeo. Mancano, oltre ad una vera e propria cultura antitrust, gli incentivi economici, sotto forma di possibilità di ottenere risarcimenti come il *treble damage* americano, e legali, come le *class action*, sempre di stampo americano, per invogliare i singoli ad agire in giudizio al fine di far dichiarare l'illiceità di un dato comportamento ed ottenere un ristoro pecuniario.

Infine, per quanto riguarda l'arsenale sanzionatorio a disposizione delle istituzioni comunitarie, è noto che, attualmente, risultino comminabili

³⁶ Per ampi riferimenti cfr. W. P.J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 17.

³⁷ W.P.J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Essays in Law & Economics*, cit., p.25.

solamente sanzioni pecuniarie a carico delle imprese coinvolte, non essendo previste altre tipologie sanzionatorie. Nell'ambito del diritto della concorrenza, dunque, in considerazione della limitata applicabilità di modalità di prevenzione e della pressoché inesistenza di *enforcement* privato appare chiaro come la sanzione pecuniaria sia l'unico strumento a disposizione della Commissione per garantire sia che i divieti posti dal trattato e dalla legislazione secondaria vengano rispettati sia il ristabilimento di condizioni di concorrenza effettiva sul mercato. L'aspetto sanzionatorio e la sua portata dissuasiva rivestono pertanto un'importanza determinante per lo sviluppo della politica di concorrenza comunitaria.

5. Finalità della potestà punitiva

La sanzione rappresenta, dunque, lo strumento principale per ottenere l'obbedienza ai precetti legislativi in quanto *"the mere existence of an obligation or issuance of a legal command may provide insufficient motivation for obedience. In addition, a sanction or threat may be needed to induce conformity"*³⁸. Una sanzione viene, infatti, generalmente intesa quale *"effetto dell'inosservanza di una norma"*³⁹. La dottrina⁴⁰ individua distinte finalità delle sanzioni. In particolare, esse possono avere carattere reintegratorio quando consistono *"nel ripristino della situazione conforme a diritto"*⁴¹, riparatorio-risarcitorio quando riequilibrano *"gli effetti della violazione per equivalente economico"*⁴² e punitivo nella misura in cui colpiscono *"negativamente l'autore dell'illecito in un bene giuridico che non ha rapporto diretto con l'inosservanza"*⁴³. Le sanzioni antitrust comunitarie potrebbero concettualmente rientrare nella categoria delle sanzioni punitive, in quanto si prefiggono il fine precipuo di colpire e punire le imprese coinvolte nella violazione degli articoli 81 e 82 CE e di dissuaderle dalla commissione di illeciti. La Commissione ha a tal proposito affermato che *"la finalità delle ammende è duplice: imporre una sanzione pecuniaria alle imprese per*

³⁸ R. COOTER, *Prices and Sanctions*, in *Columbia Law Review*, 1984, p. 1523.

³⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Torino, 1999, p. 401.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 402.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

l'infrazione e prevenire la ripetizione dell'illecito"⁴⁴; negli *Orientamenti per il calcolo delle ammende* sopra citati, si riferisce espressamente alla "*repressione delle infrazioni alle regole di concorrenza*". Le sanzioni comminate non perseguono un fine compensatorio, di ristoro economico per il pregiudizio subito alla concorrenza, tipico invece dell'azione privata, ma sono utilizzate essenzialmente a scopi punitivi, tipici della "pena"⁴⁵.

In considerazione della finalità punitiva delle sanzioni di cui si discute, appare opportuno dedicare brevi cenni ai fondamenti teorico-giustificativi della potestà punitiva del legislatore, al fine di individuare la *ratio* ad essa sottesa.

Il legislatore, in genere, utilizza lo strumento sanzionatorio – inteso in senso "punitivo"- per cercare di conseguire un duplice obiettivo, vale a dire punire il soggetto che ha disatteso il precetto e dissuadere altri soggetti dal compimento di detta azione. Diverse teorie sono state avanzate nel corso degli anni sulle possibili giustificazioni e finalità della pena⁴⁶. Le principali linee guida che ispirano i legislatori vengono, in prima approssimazione, individuate negli ideali di giustizia retributiva, nella prevenzione generale e nella prevenzione speciale. La prima, nata come limitazione alla vendetta privata⁴⁷, riposa su di un'idea di proporzionalità tra il male commesso

⁴⁴ XXIII Rapporto sulla concorrenza, 1993. Come sottolineato da parte della dottrina (S. MAIL – FOUILLEUL, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, 2002, p. 3) le sanzioni in materia di concorrenza costituiscono anche lo strumento per il perseguimento di una politica, ossia l'integrazione del mercato comunitario del quale la tutela della concorrenza costituisce uno dei mezzi.

⁴⁵ C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Paris, 1971, p. 172 in cui espressamente viene affermato che "*Il n'empêche que ces sanctions qui sont faites pour punir et non pour réparer répondent bien à la définition de la peine*".

⁴⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2002, p. 645 e ss. e bibliografia ivi citata; L. A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003, pp. 192 e ss.; K. YEUNG, *Quantifying Regulatory Penalties: Australian Competition Law Penalties in Perspective*, in *Melbourne University Law Review*, 1999, pp. 440 e ss., individua cinque possibili giustificazioni teoriche alla potestà punitiva: 1) deterrenza, attraverso la quale si cerca di dissuadere gli individui dalla commissione di illeciti; 2) riabilitazione/rieducazione, con la quale si tende alla risocializzazione del reo; 3) rendere gli individui incapaci di commettere altre violazioni attraverso la loro neutralizzazione, attuabile tramite la detenzione e/o inabilitazione temporanea, o comunque ponendo ostacoli materiali alla commissione e reiterazione dell'illecito; 4) meritevolezza/retribuzione, attraverso le quali si tende a fare in modo che il colpevole meriti la giusta pena; 5) riparazione, ossia la soddisfazione delle vittime che richiedono giustizia. L'A. evidenzia come per quanto riguarda le *Regulatory offence* (che in prima approssimativamente possono essere definite come le violazioni di disposizioni pubblicistiche, come le disposizioni antitrust), le finalità rieducative, di neutralizzazione e di riparazione, non assumano particolare rilievo.

⁴⁷ Per ampi riferimenti cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 403.

e la pena: la sanzione deve servire a compensare la colpa per il male commesso e deve essere necessariamente proporzionata a questo, al fine di infliggere al reo la giusta punizione. Attraverso la prevenzione generale, invece, si cerca, con la minaccia della pena, di distogliere la generalità dei consociati dalla commissione dell'illecito. All'interno di questa categoria risulta, poi, possibile distinguere una prevenzione generale cd. negativa, basata sull'intimidazione e sulla deterrenza, al fine di impedire la futura commissione di illeciti, ed una prevenzione generale cd. positiva, basata su finalità morali e pedagogiche di orientamento culturale della società. Gli ideali di prevenzione, al fine di poter adeguatamente funzionare, presuppongono l'esistenza di una riprovevolezza collettiva nei confronti di un determinato fatto. La commissione di un fatto cui segue una sanzione deve essere percepito come un "male" dalla società nel suo complesso⁴⁸. Nel settore della concorrenza, come del resto in materia dei cd. reati economici, uno dei problemi principali per il corretto funzionamento della finalità preventiva della pena e della retribuzione consiste proprio nel fatto che, a livello europeo, è riscontrabile una certa mancanza di consapevolezza sociale della gravità dei comportamenti anticoncorrenziali, i quali non possiedono una connotazione morale particolarmente negativa⁴⁹.

La prevenzione speciale, invece, possiede una portata concreta e riguarda l'infliczione di una pena ad un determinato soggetto che ha commesso un atto illecito, al fine di evitare il ripetersi della medesima condotta in futuro.

6. Segue: effetto deterrente

In considerazione di quanto sopra esposto, appare evidente come l'effetto deterrente assuma un ruolo determinate nell'attuazione della politica di concorrenza. Le concrete modalità di utilizzo dell'arsenale sanzionatorio a disposizione della Commissione possono, almeno in linea teorica, incidere direttamente sui comportamenti delle imprese, disincentivando quelli anticompetitivi, attraverso un effetto deterrente⁵⁰, consistente nella minaccia di

⁴⁸ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 660 e ss..

⁴⁹ Cfr. in questo senso P. H. ROSOCHOWICZ, *The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law*, in *E.C.L. R.*, 2004, pp. 752 e ss..

⁵⁰ F. ARBAULT, *op. cit.*, p. 1. Nel senso che la principale funzione delle sanzioni antitrust sia la dissuasione si veda anche F. GHEZZI – M. POLO, *Osservazioni sulla politica sanzionatoria della Commissione in materia di ammende antitrust: la Comunicazione sulla*

sanzioni elevatissime, ed uno morale, per così dire di stigmatizzazione, dell'impresa che ha commesso la violazione, che si attua attraverso la pubblicità data alla commissione dell'infrazione. La logica della deterrenza, mutuata dal pensiero illuminista di Cesare Beccaria e Jeremy Bentham⁵¹, a livello comunitario, riveste un ruolo fondamentale essendosi dimostrata impraticabile la via della prevenzione. Essa consiste nella coercizione psicologica esercitata sui soggetti capaci di commettere le infrazioni antitrust. Secondo la teoria utilitaristica, in base alla quale la pena corrisponde ad un costo imposto ad un soggetto per il beneficio dell'intera società⁵², un soggetto che agisce in maniera razionale commetterà un determinato atto illecito, solamente se il beneficio atteso dall'infrazione sia superiore al costo atteso, ossia la sanzione⁵³. Una impresa che decida di partecipare ad una intesa sarà portata, dunque, a valutare il guadagno che potrà ricavare dalla violazione della normativa antitrust, le possibilità che il comportamento illecito venga scoperto e l'ipotetico importo dell'eventuale sanzione. Esiste, infatti, una ottimalità del rapporto tra *quantum* della sanzione e probabilità di individuazione dell'infrazione⁵⁴, il quale comporta che le imprese, nel momento di commissione di un'infrazione, effettuino un calcolo costi/benefici. L'adozione di un modello di deterrenza ottimale puro comporterebbe, pertanto, che la sanzione attesa⁵⁵ sia pari al guadagno ottenuto dall'impresa o al pregiudizio subito dalla società – a seconda del modello economico preso a riferimento – a cui va sommato un margine di sicurezza; tale cifra deve essere divisa per la probabilità che la sanzione venga scoperta. Ad esempio, supponendo di essere in presenza di un cartello durato dieci anni,

non imposizione di ammende, in *Riv. Soc.*, 1998, p. 632 e ss.. Gli Autori citati sottolineano anche come “attraverso la modulazione delle sanzioni si tenta di perseguire un obiettivo più generale ovvero quello di garantire un più efficace enforcement della politica di concorrenza comunitaria inducendo le imprese ad un spontaneo rispetto delle norme antitrust (...) l'ammontare della sanzione irrogata in un determinato caso costituisce un segnale diretto a tutti i consociati della forza con cui le autorità comunitarie intendono colpire determinati comportamenti al fine di perseguire gli scopi loro assegnati dal Trattato”.

⁵¹ L. A. FRANZONI, *op. cit.*, p. 192.

⁵² Per ampi riferimenti, anche bibliografici, cfr. P. H. ROSOCHOWICZ, *op. cit.*, p. 753.

⁵³ R. A. POSNER, *An Economic Theory of the Criminal Law*, in *Columbia Law Review*, 1985, vol. 85, p. 1193 e ss.; W.P.J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, *cit.*.

⁵⁴ G. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *J. Political Econ.*, 1968, pp. 168 e ss.; W. F. SCHWARTZ, *An Overview of The economics of Antitrust Enforcement*, in *Geo. L. J.*, 1980, pp. 1075 e ss.; W.P.J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essay in Law and Economics*, *cit.*.

⁵⁵ Il riferimento è alla sanzione *attesa* in quanto le imprese effettuano l'analisi cost-benefici *ex ante*.

che ha concesso ad un'impresa di ottenere un guadagno del 5% annuo del fatturato del prodotto rilevante e con una probabilità di scoperta pari al 10%, la sanzione ottimale dovrebbe essere pari al 500% del fatturato⁵⁶. Appare evidente che l'importo così calcolato, oltre a superare il limite legale del 10% del fatturato contenuto nel regolamento n. 1/2003, rischierebbe di superare la reale capacità contributiva dell'impresa interessata e la potrebbe condurre al fallimento con conseguenti gravi danni per lavoratori, creditori ed, in ultima analisi, per l'intera economia⁵⁷.

Deve essere inoltre osservato che ogni tipo di sanzione possiede elementi mutuati dalle idee retributive, ossia la richiesta di una proporzionalità tra offesa e sanzione, in quanto le pene risultano in genere ancorate alla gravità dall'azione commessa. L'inflizione di una pena assolutamente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto commesso, oltre che a risultare arbitraria e contraria alle moderne teorie sullo Stato di diritto, non riuscirebbe ad avere alcun effetto dissuasivo – in quanto percepita come ingiusta – ed anzi aumenterebbe il senso di insoddisfazione ed insofferenza per la giustizia.

7. Natura giuridica delle sanzioni antitrust comunitarie

La dottrina⁵⁸ si è a lungo interrogata sull'esatta natura delle sanzioni previste per la violazione della normativa comunitaria, in quanto, come meglio verrà esposto nel prosieguo del presente lavoro, la giurisprudenza comunitaria ha applicato, ed applica, non senza talune difficoltà ed imprecisioni, principi di derivazione prettamente penalistica.

Come già esposto, il par. 4 dell'art. 23 del regolamento n. 1/2003 e l'art. 14 del regolamento n. 139/2004 sanciscono espressamente la natura non

⁵⁶ Supponendo che l'elasticità della domanda sia pari a zero.

⁵⁷ Un differente approccio a tale problema deriva dalla cd. internalizzazione, ossia il rapporto tra la sanzione ed il pregiudizio subito dagli altri soggetti. Tale teoria deriva dal pensiero della Scuola di Chicago, secondo la quale l'obiettivo primario della legislazione antitrust dovrebbe essere la massimizzazione del welfare economico e in generale dell'efficienza economica.

⁵⁸ A favore della natura penale delle sanzioni R. LEGROS, *L'arret BMW et le droit penal europeen*, in *Cahiers de droit europeen*, 1980, p. 220, sulla base della considerazione che “*des amendes sont des sanctions pénales surtout quand elles atteignent de tels montants et quand elles sont – comme le veut le règlement n. 17 – proportionnées à la gravité de la faute, non du dommage*”; J. A. ANDERSEN, *The Nature and Purpose of Fines under EC Competition Law*, in *Frontiers of Competition Law*, a cura di J. LONBAY, London, New York, Chichester, Brisbane, Singapore, 1994, p. 114; W.P.J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, cit.; C. KERSE – N. KHAN, *op. cit.*; .C. LOMBOIS, *op. cit.*.

penale delle sanzioni connesse alla violazione della normativa antitrust comunitaria. Una prima spiegazione⁵⁹, che può agevolmente essere fornita in merito al significato di tali affermazioni, è di natura squisitamente politica ed attiene al principio di attribuzione, sancito dal primo paragrafo dell'art. 5 CE⁶⁰. Il Trattato istitutivo della Comunità europea non prevede espressamente una competenza penale diretta in capo alla Comunità⁶¹ e, di conseguenza, le sanzioni ivi previste non possono, necessariamente, avere natura penale. E' stato infatti osservato che detta statuizione di principio ha il fine precipuo di evitare discussioni politiche circa il trasferimento di sovranità necessario alla Comunità europea per poter comminare direttamente sanzioni penali⁶². Il tenore letterale dell'art. 83 par. 2 CE, o in subordine l'art. 308 CE, non escluderebbe, tuttavia, secondo opinioni autorevolmente espresse⁶³ la possibilità per le istituzioni comunitarie di infliggere sanzioni penali, includendo anche pene detentive direttamente in capo agli individui. Nell'ipotesi in cui il Consiglio dovesse ritenere che il perseguimento della politica di concorrenza necessitasse di essere corredato di sanzioni penali, detto articolo parrebbe non escludere a priori questa possibilità. L'introduzione di tale tipologia di strumenti sanzionatori, secondo la medesima dottrina⁶⁴, non dovrebbe avvenire tramite il terzo pilastro proprio in virtù dell'art. 29 UE⁶⁵, come modificato dal Trattato di Nizza, il quale,

⁵⁹ In dottrina (S. MAIL – FOUILLEUL, *op. cit.*, p. 375) è stato osservato come tale statuizione riveli anche la fragilità del ragionamento comunitario: la negazione testuale della natura non penale delle sanzioni antitrust non risolve, in realtà, la questione della natura di dette sanzioni.

⁶⁰ “La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato”.

⁶¹ Per ampi riferimenti in proposito si veda G. GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1995, 1159 e ss..

⁶² C. KERSE – N. KHAN, *op. cit.*, p. 368; J. A. ANDERSEN, *op. cit.*, 115.

⁶³ W.P.J. WILS, *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require Not Only Fines on Undertakings, But also Individual Penalties, and in Particular Imprisonment?*, in *European Competition Law Annual 2001, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford – Portland Oregon, 2003, p. 499 e ss.; nello stesso senso M. ZULEEG, *Criminal Sanctions to Be Imposed on Individuals As Enforcement Instruments in European Competition Law*, in *ibidem*, p. 453 e ss..

⁶⁴ W. P. J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, *cit.*, p. 232.

⁶⁵ “Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un elevato livello di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia. Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità organizzata, o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta di esseri umani, e di reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode mediante:

riferendosi alla cooperazione ed al ravvicinamento della legislazione in materia penale fa espressamente salve le competenze della Comunità europea⁶⁶. Sarebbe invece necessario procedere ad una separazione di poteri in capo alla Commissione, in quanto questa non potrebbe assumere la veste di organo inquirente e giudicante anche con riferimento a sanzioni propriamente penali. La Commissione dovrebbe, dunque, agire come una sorta di pubblico ministero di fronte al Tribunale, come del resto avviene negli USA⁶⁷. L'art. 83 CE nell'abilitare il Consiglio ad adottare le norme opportune per una corretta attuazione della politica di concorrenza consentirebbe, astrattamente, anche detto mutamento nelle modalità di azione della Commissione. Per quanto attiene, invece, alla competenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado, l'art. 229 CE stabilendo la loro piena giurisdizione sulle decisioni che impongono sanzioni costituirebbe una base giuridica sufficiente anche per tali tipi di procedimenti.

A proposito della materia penale, merita poi essere osservato che a seguito dell'evoluzione che il sistema europeo ha subito nel suo complesso, in particolar modo con l'introduzione del terzo pilastro, si è iniziato a parlare di un diritto penale europeo con riferimento alla cooperazione interstatale ed al fine di tutelare, in particolare, gli interessi finanziari propri della Comunità. Non pare comunque possibile ritenere che le norme comunitarie aventi profili penalistici costituiscano un sistema penale analogo, per completezza e

- una più stretta cooperazione fra le forze di polizia, le autorità doganali e le altre autorità competenti degli Stati membri, sia direttamente che tramite l'Ufficio Europeo di Polizia (Europol), a norma degli articoli 30 e 32,

- una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e altre autorità competenti degli Stati membri, anche tramite l'Unità europea di cooperazione giudiziaria (Eurojust), a norma degli articoli 31 e 32,

- il ravvicinamento, ove necessario, delle normative penali degli Stati membri in materia penale a norma dell'art. 31, lett. e)".

⁶⁶ Nello stesso senso anche M. WAISMER – N. THWAITES, *The "Battle of the Pillars": Does the European Community have the power to approximate national criminal law*, in *E. L. Rev.* 2000, pp. 613 e ss.. Secondo gli autori esistono due teorie sulla possibile competenza penale della Comunità: una la nega basandosi sul principio di attribuzione, l'altra la ammette se necessaria per perseguire ed attuare le politiche comunitarie.

⁶⁷ Nel sistema statunitense, infatti, caratterizzato da un'applicazione del diritto antitrust decentrata e che vede molti attori abilitati ad agire ai sensi delle disposizioni dello *Sherman Act*, la *Antitrust Division* del *Department of Justice* agisce in qualità di *prosecutor*, ossia una sorta di pubblico ministero, di fronte ai tribunali per far valere la responsabilità penale degli individui coinvolti in violazioni della normativa antitrust. Per un'ampia disamina del sistema punitivo americano, cfr. D. L. BAKER, *The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 2001, pp. 693 e ss. e bibliografia ivi citata.

sistematicità, a quello degli ordinamenti interni. Manca infatti una parte “generale” di diritto penale, che stabilisca i principi che poi devono essere seguiti nell’applicazione pratica della parte “speciale”, ossia la definizione dei singoli reati.

La competenza della Comunità in tale materia si manifesta, infatti, essenzialmente attraverso il rinvio alle legislazioni nazionali⁶⁸, affinché apprestino adeguati strumenti sanzionatori al verificarsi di fattispecie, le cui caratteristiche principali vengono previamente individuate a livello comunitario. I casi invece in cui è prevista una potestà sanzionatoria direttamente in capo alla Comunità sono, come già esposto, considerati di natura amministrativa⁶⁹.

Vari elementi vengono individuati⁷⁰, al livello di approssimazione generale, al fine di distinguere le sanzioni civili da quelle penali. In primo luogo, il diritto penale possiede il monopolio dell’uso delle pene detentive, che diviene pertanto il suo strumento principale, mentre la natura delle sanzioni pecuniarie è variabile, potendo le stesse essere civili o amministrative. In secondo luogo, la commissione di un reato richiede che l’atto proibito venga commesso con uno stato mentale colpevole (*criminal intent*), mentre esistono casi di responsabilità oggettiva (*strict liability*) nel diritto civile ed amministrativo, che quindi prescindono dalla colpevolezza o meno del soggetto coinvolto. In terzo luogo, le sanzioni penali hanno un effetto stigmatizzate che invece non risulta essere presente – o quanto meno non nella stessa misura - nelle altre tipologie di sanzioni: nella morale collettiva, chi viene colpito da sanzioni penali risulta senza dubbio più “colpevole”, anche se punito, in ipotesi, solamente con una sanzione pecuniaria di ammontare inferiore rispetto ad una sanzione meramente civile. In quarto

⁶⁸ Per una approfondita ricostruzione della materia, cfr. I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale*, Napoli, 2000, p. 49.

⁶⁹ Si veda ad esempio il nuovo Regolamento (CE) n. 1782/2003 del Consiglio, del 29 settembre 2003, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell’ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e che modifica i regolamenti (CEE) n. 2019/93, (CE) n. 1452/2001, (CE) n. 1453/2001, (CE) n. 1454/2001, (CE) n. 1868/94, (CE) n. 1251/1999, (CE) n. 1254/1999, (CE) n. 1673/2000, (CEE) n. 2358/71 e (CE) n. 2529/2001, in GU L 270 del 21/10/2003, p. 1-69, che prevede riduzioni e/o perdita del diritto a percepire i fondi in caso di inottemperanza ai requisiti richiesti. Con il regolamento n. 800/99 relativo alle restituzioni alle esportazioni la Comunità europea si è dotata, tuttavia, di una disciplina di carattere generale sulle sanzioni amministrative.

⁷⁰ W. P. J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, cit., p. 188 e ss..

luogo, il diritto penale non si preoccupa di ricercare una proporzione tra il pregiudizio causato dall'autore dell'illecito e la pena a questi inflitta, ma è volto unicamente alla proibizione *tout court* di taluni comportamenti, prendendo in considerazione al fine della commisurazione della sanzione unicamente la commissione di un dato fatto. Le autorità preposte all'attuazione del diritto penale, inoltre, possiedono in genere poteri più penetranti di indagine, proprio al fine di scoprire e punire le condotte che si assumono più pericolose. I relativi procedimenti, poi, posto che teoricamente possono condurre alla comminazione di pene privative della libertà individuale, sono caratterizzati da requisiti procedurali e sistemi di difesa molto più rigorosi rispetto ad altre tipologie di procedimenti, al fine di evitare errori giudiziari⁷¹.

Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, uno dei criteri discretivi tra sanzioni penali e civili consiste nel fatto che la sanzione civile in genere "stabilisce un prezzo" da corrispondere per avere tenuto un determinato comportamento, che non risulta conforme ai parametri stabiliti dal legislatore, al fine di compensare il pregiudizio subito dalla società a causa di detto comportamento. In questi casi, dunque, la società pare tollerare deviazioni dal comportamento richiesto dalla norma, richiedendo invero una compensazione economica per il pregiudizio causato dalla condotta illegale. Le sanzioni penali, invece, "puniscono"⁷², senza prendere in considerazione l'elemento compensatorio, proprio perché la società non accetta che i soggetti commettano le azioni vietate dal precetto penale. La principale differenza tra il "prezzo" e la "sanzione" è stata individuata nella *"difference between, on one hand, a tax that brings private and public costs into balance by forcing the actor to internalize costs that the actor's conduct imposes on others and, on other, a significantly discontinuous increase in the expected cost of the*

⁷¹ K. MANN, *Punitive Civil Sanctions: the middleground between criminal and civil law*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 1799 e ss., ha evidenziato come *"within the paradigmatic framework the criminal law is distinguished by its punitive purpose, its high procedural barriers to conviction, its concern with the blameworthiness of the defendant, and its particularly harsh sanctions. In contrast, the civil law is defined as a compensatory scheme, focusing on damage rather on blameworthiness and providing less severe sanctions and lower procedural safeguards than the criminal law. The middleground draws in these two basic paradigms to form a hybrid jurisprudence in which the sanction's purpose is punishment, but its procedure is drawn primarily from the civil law"*. Il medesimo A. ha messo in luce (p. 1801) come spesso gli organi statali definiscano come civili sanzioni che in realtà hanno natura penale proprio al fine di evitare l'applicazione delle più rigorose garanzie procedurali del diritto penale.

⁷² J. C. COFEE, *op. cit.*, p. 1876.

behaviour that is intended to dissuade the actor from engaging in the activity at all".⁷³ E' stato rilevato come, in particolare, il diritto penale venga utilizzato per proibire condotte che non comportano alcuna utilità per la collettività; le sanzioni civili vengono, invece, utilizzate per punire una serie di comportamenti che non sono completamente privi di utilità per la società nel suo complesso, ma che in ogni caso comportano un costo che deve ricevere un bilanciamento⁷⁴.

Al di là del formalismo definitorio della natura non penale delle sanzioni antitrust, che come meglio verrà esposto non riveste efficacia vincolante ai fini dell'accertamento di detto elemento, deve essere osservato che esistono taluni argomenti sia a favore della loro natura "civile" sia a favore della loro natura "penale". Le considerazioni che militano a favore della natura "civile" consistono essenzialmente nella mancata comminazione delle sanzioni da parte di un organo giurisdizionale⁷⁵, il fatto che queste non risultino convertibili in una sanzione detentiva in caso di mancato pagamento da parte del condannato ed, infine, il fatto che non rivestano carattere "infamante e stigmatizzante", non essendo iscritte nei casellari giudiziari nazionali o in un casellario comunitario⁷⁶. Il carattere stigmatizzante di una pena e, più in generale, il suo significato di emenda morale, riveste una notevole importanza ai fini della sua qualificazione come penale, in quanto, come sopra accennato, nella morale collettiva i comportamenti cui segue una sanzione penale, sia essa pecuniaria o detentiva, vengono percepiti come maggiormente negativi rispetto a comportamenti cui consegue invece una sanzione di carattere meramente civile o amministrativo. La stigmatizzazione del reo viene spesso considerata quale elemento determinante ai fini dell'individuazione del discrimine tra sanzioni civili e sanzioni penali⁷⁷. A tal proposito, meritano di

⁷³ J. C. COFEE, *op. cit.*, p. 1876. Un esempio che può essere effettuato a tal proposito riguarda le violazioni del diritto ambientale, che in molti ordinamenti sono sanzionate solamente a livello civile. La società non può fare a meno dello sviluppo industriale, anche se esso causa dei costi – in questo caso i danni derivanti dall'inquinamento – e l'unica soluzione praticabile consiste quindi nel ricercare una compensazione monetaria per il pregiudizio causato.

⁷⁴ *Ibidem*; R. COOTER, *Prices and Sanctions*, in *Columbia L. Rev.*, 1984, p. 1524 ha sottolineato come "*A sanction is a detriment imposed for doing what is forbidden (...) a price is payment of money which is required in order to do what is permitted*".

⁷⁵ Tale elemento non viene considerato determinante da L. LEGROS, *op. cit.*, p. 225-226.

⁷⁶ G. GRASSO, *op. cit.*, p. 1163.

⁷⁷ Al proposito si veda J. C. COFEE, *Paradigm Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What can be done About it*, in *The Yale Law Journal*, 1992, vol. 101, pp. 1874 e ss, il quale pone evidenza come le sanzioni penali debbano essere previste solamente nei casi in cui la società è certa sullo standard di comportamento che deve essere tenuto e non

essere ricordate le considerazioni effettuate dall'Avvocato Generale *F.G. Jacobs*, nelle conclusioni generali presentate nella causa, *Repubblica Federale di Germania c. Commissione*⁷⁸, che, escludendo, *incidenter tantum* la natura penale delle sanzioni comminate per violazione degli artt. 81 e 82 CE, ha sottolineato come l'elemento di differenziazione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, nonostante la finalità dissuasiva, perseguita da entrambe, consiste principalmente nel fatto che nelle seconde non è presente l'intento di stigmatizzare la condotta criminale.

I fautori della natura penale⁷⁹ delle sanzioni antitrust, in genere, menzionano quali elementi caratterizzanti, l'elevato ammontare che esse possono raggiungere, la finalità punitiva e di deterrenza⁸⁰, il danno che possono creare all'immagine ed alla reputazione delle imprese coinvolte e quindi, in ultima analisi, un effetto stigmatizzante, il fatto che venga richiesta la presenza di un elemento soggettivo (l'intenzione o la negligenza), la presa in considerazione, in sede di quantificazione, di circostanze aggravanti ed attenuanti ed il fatto che siano oggetto di una vera e propria "*politique criminelle*"⁸¹ da parte delle istituzioni comunitarie. Un altro elemento che

ammette deviazioni. Nell'ipotesi in cui, invece, la società abbia dubbi in merito all'esatta condotta da tenere e ammette che vi possano essere deviazioni dalla condotta tipizzata legislativamente, è opportuno prevedere sanzioni di carattere civile o amministrativo.

⁷⁸ Sentenza del 27 ottobre 1992, causa C-240/90, in *Racc.*, 1992, p. I-5383.

⁷⁹ Per ampi riferimenti in proposito cfr. R. LEGROS, *op. cit.*, p. 222-223; C. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 172.

⁸⁰ Cfr. Sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995, *G.M. Martinelli c. Commissione*, causa T-150/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1165, punto 59 "(...) le ammende sono infatti uno strumento della politica di concorrenza della Commissione. Per questo motivo essa deve disporre di un margine di discrezionalità nel fissare i loro importi al fine di orientare il comportamento delle imprese verso il rispetto delle regole sulla concorrenza"; Sentenza del Tribunale del 12 luglio 2001, cause riunite T-202/98, T-204/98 e T-207/98, *Tate & Lyle plc, British Sugar plc e Napier Brown & Co Ltd c. Commissione*, in *Racc.*, 2001, p. II-2035 punti 100-101 "Occorre inoltre rammentare che il potere della commissione d'infliggere ammende alle imprese le quali, intenzionalmente o per negligenza, trasgrediscono l'art. 85, n. 1, o l'art. 86 del Trattato costituisce uno dei mezzi di cui dispone la Commissione per poter svolgere il compito di sorveglianza assegnatole dal diritto comunitarie. Questo compito comprende indubbiamente quello di indagare e reprimere le singole infrazioni, ma implica pure il dovere di seguire una politica generale mirante ad applicare, in fatto di concorrenza, i principi fissati dal trattato ed orientare in questo senso il comportamento delle imprese (...). Ne consegue che, per valutare la gravità di un'infrazione, onde determinare l'importo dell'ammenda, la Commissione deve tener conto non solo delle circostanze particolari della fattispecie, ma anche del contesto in cui si colloca l'infrazione e curare che la sua azione abbia carattere dissuasivo, soprattutto per i tipi di trasgressione particolarmente nocivi per il conseguimento degli scopi della Comunità". Nello stesso senso sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *SA Musique diffusion française e altri c. Commissione*, cause riunite da 100 a 103/80, *cit.*, punto 105.

⁸¹ R. LEGROS, *op. cit.*, p. 223.

viene annoverato tra quelli che possono far propendere a favore della natura penale di queste sanzioni attiene ai poteri di intervento della Corte e del Tribunale sulle decisioni della Commissione. E' stato infatti osservato⁸² che i ricorsi dinanzi agli organi giudiziari comunitari sono di piena giurisdizione, con un effetto devolutivo completo, in quanto sottoposto a giudizio è il comportamento sanzionato, non già la mera legittimità della decisione della Commissione.

Oltre tali impostazioni, devono essere menzionate anche quelle teorie⁸³, che prescindono dalla distinzione tra sanzioni civili e penali, sottolineandone l'irrelevanza ai fini applicativi delle tutele dei diritti di difesa. Secondo l'opinione riportata, infatti, il discrimine tra sanzioni amministrative e sanzioni penali non appare sempre ben delineabile, derivando dalle differenti impostazioni dei vari Stati membri. L'elemento su cui porre l'accento, pertanto, consiste nel garantire i diritti di difesa dei soggetti coinvolti nelle infrazioni del diritto della concorrenza, giungendo così a svuotare *“di pratico contenuto la polemica sulla natura giuridica penale o amministrativa da attribuirsi alle sanzioni irrogabili in sede comunitaria”*.

Se pure si ritiene di convenire con la tesi sopra esposta, - che, come meglio verrà esposto nel corso del presente lavoro, pare essere la soluzione accolta a livello comunitario - focalizzando quindi l'attenzione sull'applicazione di principi prettamente penalistici durante il procedimento di applicazione di sanzioni per violazioni del diritto antitrust, non va comunque dimenticato che dalla qualificazione come “penali” o meno delle sanzioni dipende non solo l'applicabilità di determinate tutele, ma anche il livello e l'‘intensità’ della loro applicazione.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, appare quindi opportuno procedere ad una ricognizione della prassi applicativa del rispetto dei diritti di difesa delle imprese, con particolare riferimento alle tutele sancite in ambito CEDU.

⁸² C. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 173.

⁸³ I. TELCHINI, *Irrilevanza del carattere penale o amministrativo attribuibile alle sanzioni pecuniarie, agli effetti della salvaguardia dei diritti dei singoli nelle impugnazioni davanti alla Corte di Giustizia CEE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, I, 1984, p. 451.

8. Sanzioni antitrust e tutela dei diritti fondamentali di difesa

La comminazione di sanzioni fa emergere il problema della tutela dei diritti fondamentali di difesa dei soggetti coinvolti nell'infrazione che si sostanziano nell'applicazione di principi a natura marcatamente penalistica. L'identificazione dell'esatta natura dei procedimenti e delle sanzioni antitrust comunitarie riveste, pertanto, una notevole importanza ai fini della tutela di tali diritti. La qualificazione di detti procedimenti e delle relative sanzioni come 'penali', invece che meramente "civili" comporta, infatti, l'applicabilità di tutta una serie di tutele per le parti interessate, in particolar modo derivanti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁸⁴.

Come è noto, né la Comunità europea né l'Unione europea sono parti contraenti CEDU. Il rispetto dei diritti fondamentali, e più in generale dei principi del *due process*, viene nondimeno assicurato all'interno del diritto comunitario a partire dal filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza *Stauder*⁸⁵. L'inserimento dell'art. 6 par. 2 del Trattato sull'Unione europea, il quale stabilisce che "*l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni comuni degli Stati membri, in quanto principi generali di diritto comunitario*"⁸⁶ elimina ogni residua incertezza circa

⁸⁴ Proclamata solennemente a Nizza il 7 dicembre 2000, in *GU C* 364 del 18.12.2000, pp. 1 e ss..

⁸⁵ Sentenza della Corte del 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Città di Ulm-Sozialamt*, causa 29/69, in *Racc.*, 1969, p. 419, in cui la Corte ha espressamente statuito che i diritti fondamentali sono tutelati nella Comunità come parte integrante del diritto comunitario in quanto principi generali di diritto; successivamente sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11/70, in *Racc.*, 1970, p. 1125.

⁸⁶ Con le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam e successivamente dal Trattato di Nizza questo articolo gode anche di un *enforcement*. Il successivo articolo 7, infatti, prevede che il Consiglio nella composizione dei capi di Stato e di governo, deliberando all'unanimità, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione, previo parere conforme del Parlamento possa constatare un evidente rischio di violazione da parte di uno Stato membro dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto e conseguentemente rivolgergli le opportune raccomandazioni. In seguito a questa constatazione, il Consiglio può, deliberando a maggioranza qualificata decidere di sospendere alcuni diritti derivanti dall'applicazione del Trattato, compreso il diritto di voto del rappresentante di tale Stato in seno al Consiglio.

l'obbligo del pieno rispetto delle tutele fondamentali, tipiche di uno Stato di diritto, anche all'interno dell'Unione europea, collocandoli a livello "costituzionale", ed inserendoli, a pieno titolo, tra i principi generali di diritto comunitario di cui deve essere garantito il rispetto⁸⁷.

La Comunità europea si è recentemente dotata della Carta dei diritti fondamentali, la quale, nonostante il suo valore giuridico controverso⁸⁸, rappresenta, quanto meno, un catalogo di diritti che si ritengono esistenti a livello comunitario e che devono essere in ogni caso rispettati⁸⁹.

La questione del rispetto dei diritti fondamentali di difesa durante le procedure dirette a constatare un'infrazione del diritto della concorrenza comunitario che conducono all'irrogazione di una sanzione assume ancora più rilevanza alla luce della recente 'modernizzazione' del diritto della concorrenza, che prevede un completo decentramento nell'applicazione delle sue regole. Il nuovo regolamento n. 1/2003 ha introdotto rilevanti modifiche⁹⁰ nell'attuazione del diritto antitrust, prevedendo in primo luogo l'abolizione del sistema della previa autorizzazione da parte della Commissione – la quale aveva il monopolio per l'applicazione del par. 3 dell'art. 81 CE – ed introducendo un sistema di eccezione legale⁹¹. Ciò comporta che le imprese

⁸⁷ W.P.J.WILS, *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention Européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 353.

⁸⁸ La letteratura in materia è sterminata. Sul valore giuridico della Carta, oggi peraltro inserita nella II Parte della Costituzione, v., a mero titolo esemplificativo A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 241; L. S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; M. MICHELETTI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interpretazione per principi generali e pluralismo giuridico*, nota a Trib. 30 gennaio 2001, causa T-54/99, in *Dir. com. e scambi intern.*, 2003, p. 281.

⁸⁹ La situazione sopra descritta potrebbe essere destinata a modificarsi in seguito all'adozione del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, in quanto al suo articolo I-9, par. 2, viene stabilita l'adesione dell'Unione alla CEDU e viene previsto l'inserimento della Carta dei diritti fondamentali nella parte II del Trattato, rendendola in tal modo giuridicamente vincolante.

⁹⁰ Per ampi riferimenti, cfr. H. NYSSSEN – N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, pp. 357 e ss.; W. P. J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, Oregon, 2005; R. WHISH, *op. cit.*

⁹¹ L'art. 1 del reg. 1/2003 stabilisce infatti che "1. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81, paragrafo 1 del Trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'art. 81, par. 3, del Trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso.

2. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'art. 81, paragrafo 3, del trattato, non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso.

dovranno valutare autonomamente la compatibilità del proprio comportamento con le norme antitrust e che le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni nazionali potranno applicare *in toto* l'art. 81 CE. Seppure la diretta applicabilità degli articoli 81, paragrafo 1 e 82 CE fosse già invocabile in precedenza dinanzi ai giudici nazionali in virtù dell'efficacia diretta di tali norme⁹² e dinanzi alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri in virtù dell'art. 9⁹³ del regolamento n. 17/62, con esclusione quindi del paragrafo 3, oggi le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e le giurisdizioni nazionali hanno un vero e proprio obbligo di applicare il diritto comunitario della concorrenza nella sua interezza. L'art. 3 par. 1 del regolamento n. 1/2003 prevede in fatti che *“Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'art. 81, paragrafo 1, del Trattato, che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'art. 81 del Trattato a siffatti accordi, decisioni pratiche concordate. Quando le autorità garanti della*

3. Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'art. 82 del trattato è vietato senza che occorra una previa decisione in tal senso”.

⁹² Sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *BRT/SABAM*, causa 127/73, in *Racc.*, 1974, p. 51, punti 15-16 *“La competenza dei giudici nazionali, in fatto di applicazione delle norme comunitarie, fra l'altro nelle controversie civili, è connessa all'efficacia diretta di tali norme. Poiché, per loro natura, i divieti sanciti dagli articoli 85 n. 1 e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono rispettare”*.

⁹³ Art. 9 Competenza *“1. Fatto salvo il controllo della decisione da parte della Corte di Giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per dichiarare inapplicabili in virtù dell'art. 85, paragrafo 3 del Trattato le disposizioni dell'art. 85, paragrafo 1.*

2. La Commissione è competente per l'applicazione dell'art. 85, paragrafo 1 e dell'art. 86 del Trattato anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'art. 5, paragrafo 1 e nell'art. 7, paragrafo 2.

3. Fino a quanto la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli articoli 2, 3 e 6, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'art. 85, paragrafo 1 e dell'art. 86, in conformità all'art. 88 del Trattato anche se non sono scaduti i termini per la notificazione indicati nell'art. 5, paragrafo 1 e nell'art. 7, paragrafo 2”.

Cfr. anche la Comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del Trattato del 1997, in *GUCE C 313* del 15 gennaio 1997, p. 3, in cui al punto 5 viene stabilito che *“(…) le autorità nazionali garanti della concorrenza sono competenti ad applicare i divieti di cui all'art. 85, paragrafo 1 e all'art. 86, a condizione che la legislazione nazionale conferisca loro i poteri necessari a tal fine. Per quanto riguarda invece l'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3 esse non sono competenti a concedere esenzioni in casi individuali, ma devono rispettare le decisioni ed i regolamenti adottati dalla Commissione a norma di detto paragrafo”*.

concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'art. 82 del Trattato, esse applicano anche l'articolo 82 del trattato".

L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle autorità nazionali, inoltre, ha come conseguenza la diretta applicabilità a detti procedimenti della CEDU⁹⁴, in quanto tutti e 27 gli Stati membri sono parti contraenti della Convenzione, anche se alcuni Stati non hanno ratificato alcuni protocolli⁹⁵. L'applicazione diretta della CEDU deriva dal fatto che nell'applicazione degli articoli 81 e 82 CE, gli organi competenti degli Stati membri devono seguire le proprie procedure nazionali ed applicare il proprio arsenale sanzionatorio, non essendo stato ritenuto opportuno procedere ad un'armonizzazione di questi due settori. Tale elemento consente di distinguere la situazione che deriva dall'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 da quella in passato esaminata dalla Commissione dei diritti dell'uomo di Strasburgo nel caso *M & Co*⁹⁶ in cui si era negata la possibilità per uno Stato membro della Comunità europea di esaminare la conformità alla CEDU di un atto comunitario, cui doveva dare esecuzione, in quanto ciò sarebbe stato contrario alla stessa idea di trasferimento di poteri ad un'organizzazione internazionale⁹⁷.

⁹⁴ Contra E.M. AMEYE, *The Interplay between Human rights and competition law in the EU*, in *European Competition Law Review*, 2004, pp. 332-341, in quanto ai sensi della giurisprudenza di Strasburgo, gli Stati membri non potrebbero essere considerati responsabili di violazioni della CEDU quando agiscono per adempiere alle proprie obbligazioni comunitarie.

⁹⁵ Il Protocollo n. 7 è stato firmato, ma non ratificato da Germania, Olanda, Portogallo e Spagna, mentre il Regno Unito ed il Belgio non lo hanno nemmeno firmato.

⁹⁶ *Report* del 9 febbraio 1990, App. N. 13258/87, *M & Co v. Germania* (1990), D.R. 138.

⁹⁷ La Commissione ha stabilito che "*it is [n.d.r. the Commission] in fact not competent ratione personae to examine proceedings before or decision of organs of the European Communities, the latter not being a Party of the European Convention of Human Rights (...). This does not mean, however, that by granting executory power to a judgment of the European Court of Justice the competent German authorities acted quasi as Community organs and are to that extend beyond the scope of control exercised by the Convention organs. Under Article 1 of the Convention the Member States are responsible for all acts and omissions of their domestic organs allegedly violating the Convention regardless of whether the act or omission in question is a consequence of domestic law or regulations or of the necessity to comply with international obligations*". Proseguendo, la Commissione ha stabilito che le Comunità europee garantivano una sufficiente protezione dei diritti dell'uomo ed è quindi giunta ad affermare la propria incompetenza *ratione materiae* in quanto la Germania agiva per adempiere alle proprie obbligazioni che derivavano dall'essere parte della Comunità europea. Merita tuttavia essere rilevato che successivamente la Corte si è dimostrata favorevole a dichiarare responsabili gli Stati membri per violazione della CEDU nel momento in cui questi danno

9. Applicazione alle sanzioni antitrust delle tutele previste dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia penale

All'accertamento dell'esatta natura delle sanzioni antitrust comunitarie che può variare a seconda delle teorie generali prese a riferimento, deve essere esaminata la diversa, ma intrinsecamente connessa questione, della possibile applicazione delle tutele derivanti dalle disposizioni della CEDU e della Carta e che riguardano la materia penale.

L'applicazione di dette tutele, infatti, pare essere ammessa dai giudici di Strasburgo anche per materie non strettamente penali, attraverso un'ampia interpretazione di tale nozione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, e prima la Commissione, hanno avuto occasione, a più riprese, di pronunciarsi in merito all'applicazione delle tutele di stampo marcatamente penalistico a sanzioni di natura "amministrativa" o "civile". In ambito CEDU, con precipuo riferimento all'art. 6⁹⁸, si è adottata un'interpretazione estensiva ed "autonoma"⁹⁹ della

attuazione alle normative comunitaria, sentenza del 18 febbraio 1999, *Matthews v. The United Kingdom*, App. n. 24833/94.

⁹⁸ Diritto ad un equo processo. "1. Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile e sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala dell'udienza può essere vietata alla stampa ed al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico, o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha il diritto di:

- a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile ed in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa a suo carico;
- b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;
- c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
- d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
- e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

⁹⁹ Sent. del 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, serie A, n. 22, relativa sanzioni connesse alla violazione del codice della strada.

nozione di diritto penale utilizzata negli articoli della Convenzione e dei Protocolli relativi alla materia penale che ha condotto la Commissione e la Corte a ritenere tali disposizioni applicabili anche a provvedimenti squisitamente amministrativi¹⁰⁰, come ad esempio le infrazioni del codice della strada. Non è stata, infatti, giudicata fondamentale, o comunque rilevante, la qualificazione giuridica fornita a livello di diritto interno, ma particolare enfasi è stata posta al “*general character of the rule and the purpose of the penalties, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of article 6 of the Convention, criminal in nature*”¹⁰¹. In particolare, è stato statuito¹⁰² che essendo stato ribadito il carattere autonomo della nozione di material ‘penale’ contenuta nell’art. 6, la Corte, al fine di determinare se una infrazione amministrativa debba essere considerata quale materia ‘penale’ devono verificarsi alcuni requisiti. In primo luogo, occorre accertare se il testo che descrive la fattispecie vietata appartenga al diritto penale secondo il sistema nazionale; in secondo luogo, la natura dell’illecito; in terzo luogo la natura e la severità della sanzione applicabile al soggetto che infrange la norma. La Corte ha poi proseguito affermando che “*in any event, the indications furnished by the domestic law of the respondent State have only a relative value. The second criteria stated above – the very nature of the offence, considered also in relation to the nature of the corresponding penalty – represents a factor of appreciations of greater weight. (...) Nevertheless, the Court would first note that, according to the ordinary meaning of the terms, there generally come within the ambit of the criminal law offence that make their perpetrator liable to penalties intended, inter alia, to be deterrent and usually consisting of fines and measure depriving the person of his liberty (...) it is a rule that is directed, not towards a given group possessing a special status (...) but towards all citizens (...); it represents conduct of a certain kind and makes the resultant requirement subject to sanction that is punitive. Indeed, the sanction (...) seeks to punish as well as to deter. (...) Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and*

¹⁰⁰ Sent. 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, Serie A, n. 22; 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, Serie A, n. 43.

¹⁰¹ Sent. del 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, cit.; nello stesso senso, in precedenza, sent. 27 febbraio 1980, *Deweew c. Belgio*.

¹⁰² Sent. del 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, cit., punto 50.

punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of article 6 of the Convention criminal in nature”¹⁰³.

Ai fini dell’applicazione della CEDU, pertanto, una infrazione può essere considerata di naturale “penale”, nonostante una diversa qualifica adottata a livello di diritto nazionale, la quale riveste un valore meramente relativo, se la regola di diritto che contiene il precetto ha portata generale ed astratta e risulta indirizzata alla generalità dei consociati, la sua finalità è sia repressiva, che preventiva e se all’inottemperanza del comportamento prescritto sono correlate sanzioni.

Una sanzione, invece, viene considerata “penale” se il precetto normativo cui è connessa ha portata generale, se non possiede la finalità di compensazione pecuniaria o di risarcimento del danno, ma è essenzialmente punitiva e volta ad evitare la commissione di altri illeciti, se il suo scopo precipuo è deterrente e punitivo e, da ultimo, se consiste nel pagamento di un somma molto elevata¹⁰⁴.

Per quanto attiene, specificamente, al diritto della concorrenza, il rispetto dei diritti e delle tutele sanciti dalla CEDU è stato affermato dapprima timidamente e successivamente in maniera più espresa. Nel caso *Stenuit*¹⁰⁵ la Commissione europea dei diritti dell’uomo, richiamandosi alla precedente giurisprudenza della Corte, ha ritenuto che una sanzione pecuniaria inflitta ad un’impresa da parte di un’autorità amministrativa nazionale in materia di concorrenza costituiva, ai sensi della Convenzione, una decisione relativa alla fondatezza di un’accusa penale e conseguentemente la relativa sanzione doveva intendersi come penale. La Commissione ha basato il proprio ragionamento sul fatto che dette sanzioni rivestivano una finalità tipicamente dissuasiva. In quell’occasione la Commissione ha altresì stabilito

¹⁰³ Sent. *Öztürk*, cit., punti 52-53. Nel caso di specie, la Corte ha altresì aggiunto che il fatto che si trattasse di una mera contravvenzione di poca importanza, non poteva essere considerato come rilevante ai fini della mancata applicazione dell’art. 6. Sarebbe contrario alla Convenzione e priverebbe di effetto utile le norme ivi contenute, autorizzare gli Stati a non applicare le garanzie contenute nella Convenzione sulla base del mero rilievo della scarsa importanza dell’infrazione commessa. Nella medesima pronuncia viene anche stabilito che conferire il potere di imporre sanzioni “penali” ad un’autorità amministrativa non risulta in contrasto con la Convenzione purchè sia consentito poter adire successivamente un tribunale dotato di piena giurisdizione.

¹⁰⁴ Sentenza *Lutz* del 25 agosto 1985, serie A, n. 72; sentenza *Bendenoun* del 24 febbraio 1994, serie A, n. 284.

¹⁰⁵ *Report* della Commissione, *Stenuit c. Austria* del 30 maggio 1991, in Volume 232 A, Serie A delle Pubblicazioni della Corte.

l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione anche alle persone giuridiche. Il caso non è poi stato affrontato dalla Corte in quanto le parti hanno rinunciato al ricorso.

Successivamente, nel caso *Fortum Oil e Gas Oy c. Finlandia*¹⁰⁶ la Corte di Strasburgo ha ritenuto applicabili ad un procedimento svoltosi dinanzi agli organi finlandesi deputati al rispetto delle norme di concorrenza gli articoli 6, 7, 2 del Protocollo n. 7 ed 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, stabilendo che la sanzione comminata ad un'impresa nel corso di un procedimento antitrust può considerarsi come "penale" ai sensi della CEDU e pertanto deve essere assistita da tutte le garanzie predisposte da detta convenzione. La Corte si è nuovamente pronunciata nel caso *OOO NESTE St. Petersburg*¹⁰⁷ negando che le norme antitrust russe potessero rivestire carattere penale ai sensi della CEDU. Non pare, comunque, che detta pronuncia possa inficiare o sminuire le precedenti statuizioni della Corte, in quanto questo caso presenta taluni elementi che ne consentono una differenziazione rispetto a quelle sopra analizzati. Nel caso di specie, la Corte ha negato la natura 'penale' sulla base del rilievo che il procedimento antitrust russo non rivestiva carattere penale, non si trattava di una norma a portata generale ed astratta in quanto si rivolgeva unicamente agli operatori del settore delle *commodities* e la funzione dell'autorità antitrust russa era solamente quello di impedire turbamenti nella concorrenza e non, anche, quello di punire o dissuadere le imprese. L'argomento di maggiore interesse e che consente di operare il *distinguishing* rispetto ai casi precedenti, riguarda il fatto che l'autorità russa non poteva comminare sanzione, ma, eventualmente, solo ordinare la confisca del guadagno illecito.

Secondo autorevole dottrina¹⁰⁸, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, pare difficile negare, nonostante il tenore letterale di chiaro segno contrario dell'art. 23 del regolamento n. 1/2003, che i procedimenti volti ad accertare una violazione delle regole di concorrenza e le relative sanzioni non abbiano carattere "penale", ai sensi della CEDU. Secondo tale impostazione, le disposizioni contenute nella normativa antitrust comunitaria, infatti,

¹⁰⁶ Sentenza del 12 novembre 2001.

¹⁰⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 3 giugno 2004, Application N. 69042/01.

¹⁰⁸ W.P.J. WILS, *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention Européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 329; C. KERSE- N. KHAN, op. cit., p. 129.

stabiliscono un insieme di regole con portata generale¹⁰⁹ ed astratta che possono condurre, al termine dell'*iter* procedurale, alla comminazione di una sanzione; inoltre, secondo quanto riportato dalla Commissione di Strasburgo nel caso *Stenuit*¹¹⁰, il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato riguarda interessi generali in genere protetti dal diritto penale. Con il regolamento n. 1/2003 la Commissione ha acquisito poteri di indagini molto più penetranti, che la avvicinerebbero ancora di più ad un organo inquirente propriamente penale¹¹¹. Per quanto attiene, più specificamente, alle sanzioni, esse, non tendono al risarcimento del pregiudizio patito, ma sono essenzialmente punitive e volte a dissuadere le imprese dal commettere nuove infrazioni. Possono raggiungere importi elevatissimi ed una delle condizioni per la loro imposizione è la presenza di un elemento soggettivo; la determinazione del loro ammontare viene effettuata, per espressa previsione legislativa contenuta nell'art. 23, sulla base della gravità e durata dell'infrazione e quindi, in ultima analisi, paiono essere commisurate alla colpevolezza.

Seguendo tale ragionamento, parrebbe dunque astrattamente possibile ritenere applicabili anche alle sanzioni antitrust comunitarie le tutele previste dalla CEDU riferite alla materia penale.

Pur non essendo parte della CEDU, le istituzioni comunitarie provvedono a tutelare ed a garantire il rispetto dei diritti fondamentali. Ancor prima dell'adozione della Carta e dell'inserimento dell'art. 6, par. 2 UE che ne hanno "costituzionalizzato" il rispetto, nell'ambito della giurisprudenza comunitaria relativa alla tutela dei diritti fondamentali, i giudici del Lussemburgo hanno riconosciuto l'applicabilità anche all'interno di procedimenti comunitari, di principi di derivazione penalistica, relativi al rispetto del diritto di difesa¹¹², in quanto principi di diritto comunitario¹¹³. Il

¹⁰⁹ A tal proposito merita di essere citata quella parte della dottrina che non concorda sul fatto che le norme antitrust abbiano portata generale ed astratta in quanto esse si indirizzano solamente alle imprese L. ARNAUDO, *Le sanzioni della disciplina comunitaria della concorrenza: natura, limiti e prospettive di riforma*, op. cit., p. 616.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Secondo C. MANN, op. cit., p. 1810, una delle caratteristiche dei sistemi penali è che le autorità inquirenti godono di poteri di indagini più incisivi rispetto agli organi deputati al controllo di disposizioni alla cui violazione conseguono solamente sanzioni civili.

¹¹² L. ARANAUDO, op. cit., p. 611.

¹¹³ E' infatti affermazione ricorrente nella giurisprudenza comunitaria che "il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto

rispetto di detti principi viene richiesto sia durante il procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione¹¹⁴, sia in sede di comminazione delle sanzioni. Si era altresì posto il problema di accertare se il sistema procedurale antitrust, così come delineato, e che vede la Commissione quale organo inquirente e giudicante, fosse compatibile con la CEDU. Nonostante essa non rivesta la qualità di “giudice” ai sensi della CEDU¹¹⁵, in genere si è ritenuto che il sistema delineato dal Trattato per la tutela della concorrenza sia compatibile¹¹⁶ con la CEDU. I giudici di Strasburgo hanno considerato come coerente con la CEDU il fatto che gli Stati possano incaricare delle autorità amministrative della vigilanza di talune materie, a patto che sia poi possibile adire un tribunale indipendente in un giudizio di piena giurisdizione¹¹⁷.

Questa condizione viene interamente soddisfatta in quanto il Tribunale di primo grado, organo deputato alla revisione delle decisioni della Commissione, oltre ad essere pienamente indipendente possiede, ai sensi dell’art. 17 del regolamento 1/2003 “*competenza giurisdizionale anche di merito ai sensi dell’art. 172 del Trattato per decidere sui ricorsi presentati*

comunitario e dev’essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi”, sentenza del Tribunale del 26 settembre 2002, *Sgaravatti Mediterranea s.r.l. c. Commissione*, causa T-199/99, in *Racc.*, 2002, p. II-3731; in precedenza la Corte aveva considerato come la natura e la gravità delle sanzioni che possono applicarsi in seguito a violazioni del diritto antitrust dovessero comportare necessariamente il rispetto dei diritti di difesa ed in particolare il principio della presunzione di innocenza (sentenza della Corte dell’8 luglio 1999, causa 199/92P, *Hüls AG c. Commissione*, *Racc.*, p. I-4287, punti 149-150).

¹¹⁴ Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche et Co. Ag c. Commissione*, causa 85/76, in *Racc.*, 1979, p. 461; sentenza della Corte del 9 novembre 1983, *Nv Nederlandsche Banden – Industrie – Michelin c. Commissione*, causa 322/81, in *Racc.* 1983, p. 3461.

¹¹⁵ Sentenza della Corte del 29 ottobre 1980, *Heintz Landewyck Sarl c. Commissione*, cause riunite da 209/78 a 215/78 a 218/78, in *Racc.*, 1980, p. 3125, punto 81 “*La Commissione infatti, pur essendo obbligata ad osservare le garanzie procedurali contemplate dal diritto comunitario (...) non può per questo essere qualificata come ‘giudice’ ai sensi dell’art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell’uomo*”. Tale rilievo è stato basato soprattutto sul fatto che ai sensi della giurisprudenza di Strasburgo, un tribunale, per essere tale deve essere caratterizzato dal requisito dell’indipendenza, inteso come indipendenza dal potere esecutivo. La Commissione, invece, rivestendo la qualifica di organo esecutivo della Comunità europea non può, per definizione, avere detta indipendenza; sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *Sa Musique Diffusion Française e a. c. Commissione*, cause riunite da 100/80 a 103/80, *cit.*.

¹¹⁶ Il Tribunale di primo grado ha al proposito affermato che il doppio cappello della Commissione, inquirente e giudicante, “*non costituisce di per sé una violazione di un principio generale del diritto comunitario*” e che pertanto le decisioni così adottate non vanno ad incidere sui diritti fondamentali delle imprese: sentenza del Tribunale 14 maggio 1998, causa T-348/94, *Enso Española c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1875, p. 56.

¹¹⁷ Sentenza *Le Compte, Van Leuven e De Meyere*, 23 giugno 1981, *Serie A*, n. 43, p. 23, par. 51. Per ampi riferimenti cfr. W. P.J. WILS, *Procédures de concurrence cit.*, p. 337-338.

avverso le decisione con le quali la Commissione commina una ammenda o una penalità di mora; essa può sopprimere, ridurre o maggiorare l'ammenda o la penalità di mora inflitta”.

Con l'adozione della Carta, inoltre, la tutela dei diritti di difesa pare rafforzata, in quanto la Comunità europea si è dotata di un proprio catalogo di diritti di cui, comunque, deve garantire il rispetto a prescindere dal valore giuridico dello strumento in cui sono incorporate. Le considerazioni della giurisprudenza di Strasburgo sopra svolte relative alla portata del termine “penale”, inoltre, devono considerarsi valide ed applicabili anche con riferimento¹¹⁸ alla Carta, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 52 par. 3¹¹⁹ alla CEDU. Detta norma espressamente prevede che le disposizioni della Carta corrispondenti a quelle CEDU hanno il medesimo significato e la medesima portata.

10. Giurisprudenza comunitaria

La giurisprudenza comunitaria ha adottato un atteggiamento che può essere definito “ondivago” relativamente alla natura ed all'applicazione di principi prettamente penalistici alle sanzioni antitrust. In talune circostanze ha riconosciuto, seppure implicitamente la natura penale delle sanzioni antitrust, mentre in altre occasioni l'ha espressamente negata, giungendo, nondimeno, all'applicazione di principi penalistici.

I giudici del Lussemburgo, in ogni caso, hanno ritenuto astrattamente applicabili al momento della comminazione delle sanzioni antitrust le tutele tipiche dei procedimenti penali sulla base della ricorrente affermazione che *“il rispetto delle prerogative della difesa costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, il quale deve essere osservato dalla Commissione nei procedimenti amministrativi che possono portare all'irrogazione di sanzioni in base alle norme del Trattato in materia di concorrenza”*¹²⁰.

¹¹⁸ Così W.P.J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 73.

¹¹⁹ *“Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”.*

¹²⁰ Sentenza della Corte del 9 novembre 1983, *NV Banden – Industrie – Michelin c. Commissione*, causa 322/81, in *Racc.*, p. 3461, punto 7; sentenza della Corte del 13 febbraio

Le controversie in materia di concorrenza sono state espressamente qualificate come “penali” ai sensi della CEDU in talune conclusioni di Avvocati Generali. Nelle conclusioni proposte nel caso *Rhône-Poulenc*¹²¹, il giudice *Vesterdorf* non ha esitato a qualificare le fattispecie delineate dall’art. 81 CE come “reato di pericolo astratto, e cioè l’accordo avente scopo illecito, e due reati di evento, vale a dire gli accordi e le pratiche concordate”¹²², al fine di analizzare, negandola, la configurabilità del tentativo. L’Avvocato Generale *Léger* nelle conclusioni rese nella causa *Baustahlgewebe*¹²³, richiesto di pronunciarsi sulla natura dei procedimenti antitrust, non ha esitato ad affermare che “*Il n'est pas contestable, et la Commission ne conteste d'ailleurs pas, que, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme des avis de la Commission européenne des droits de l'homme, la présente espèce relève de la «matière pénale»*”. La Corte di Giustizia ha evitato una espressa statuizione sul punto, ma ha riconosciuto alla società *Baustahlgewebe* il diritto ad un’equa riparazione per l’irragionevole durata del procedimento svoltosi dinanzi al Tribunale, diritto che, come è noto, è riconosciuto dall’art. 6 della CEDU per i procedimenti “penali”. Attraverso tale riconoscimento, non pare azzardato ritenere che essa abbia, seppure implicitamente, riconosciuto la natura penale dei procedimenti e delle sanzioni antitrust, secondo l’impostazione fornita dai giudici di Strasburgo. Successivamente, la Corte, nella sentenza *Montecatini*¹²⁴, con riferimento al principio della presunzione di innocenza, ha stabilito che “*occorre ammettere altresì che, considerata la natura delle infrazioni di cui trattasi nonché la natura e il grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse, il principio della presunzione di innocenza si applica alle procedure relative a violazioni delle norme di concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende*”.

1979, *Hoffmann-La Roche* c. Commissione, causa 85/76, in *Racc.*, p. 462, punto 9; sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002, *LR AF 1998 A/S* c. Commissione, causa T-23/99, in *Racc.*, p. II-1705, punto 220.

¹²¹ Conclusioni del 10 luglio 1991, in *Racc.*, 1991, p. II- 869; sentenza del 24 ottobre 1991, causa T-1/89, in *Racc.*, 1991, p. II-1934 e ss..

¹²² Conclusioni *cit.*, p.II-945.

¹²³ Sentenza del 17 dicembre 1998, causa C-185/95P, *Baustahlgewebe GmbH* c. Commissione, in *Racc.*, 1998, p. I-8417.

¹²⁴ Sentenza della Corte dell’8 luglio 1999, *Montecatini s.p.a.* c. Commissione, causa C-235/92P, in *Racc.* 1999, p. I-4539, punto 176.

Nella pronuncia *Cimenteries*¹²⁵ il Tribunale, dopo aver ribadito che la Commissione non può essere considerata un tribunale ai sensi dell'art. 6 della CEDU e che le sanzioni antitrust non possiedono carattere penale, ha statuito che *“cionondimeno la Commissione ha l'obbligo di rispettare i principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario durante il procedimento amministrativo”*.

L'Avvocato generale Ruiz – Jarabo Colomer nelle sue conclusioni nella causa *Volkswagen*¹²⁶, relativamente ai requisiti richiesti per l'irrogazione di un'ammenda, ossia l'intenzionalità o la negligenza, ha affermato che *“in generale, come ammette la stessa ricorrente, l'insieme delle garanzie sviluppate nell'ambito del diritto penale, che ha per protagonisti lo Stato sanzionatore, da un lato, e il presunto autore dell'infrazione, dall'altro, non si traspone in blocco nella sfera del diritto della concorrenza. Dette garanzie mirano, infatti, a compensare uno squilibrio di potere. In materia di libera concorrenza, questi parametri risultano alterati, in quanto si mira a proteggere la collettività dei singoli soggetti che costituiscono la società, composta da gruppi di consumatori, contro grandi imprese che dispongono di risorse considerevoli. Riconoscere a tali trasgressori le stesse garanzie procedurali accordate al singolo più vulnerabile, oltre ad essere una crudele ironia, significherebbe in ultima analisi ridurre la protezione, in questo caso economica, del singolo, che è la vittima principale dei comportamenti anticoncorrenziali. Per questo motivo ritengo che sia importante adattare le norme procedurali all'ambito specifico della concorrenza. I requisiti della prova indiziaria, per esempio, devono essere interpretati in modo meno rigoroso, in quanto si tratta spesso dell'unico metodo che permette di accertare l'intenzionalità dell'infrazione.”*. La Corte¹²⁷ si è limitata solamente a rigettare le prospettazioni della ricorrente in merito al supposto mancato accertamento dell'elemento di colpevolezza, sulla base del presupposto che indagini più approfondite avrebbe potuto minare seriamente l'efficacia del diritto della concorrenza.

¹²⁵ Sentenza del 12 marzo 2000, causa T-25/95, *Cimenteries CBR c. Commissione*, in *Racc.*, 2000, p. II-491, punti 717- 718.

¹²⁶ Sentenza del 18 settembre 2003, causa C-338/00 *Volkswagen AG c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, p. I-9189; conclusioni punti 66 e ss.

¹²⁷ Punti 96-97 della sentenza *supra* citata.

Nella pronuncia *LR AF 1998*¹²⁸, invece, il Tribunale, dopo aver sottolineato la portata e l'importanza del principio di irretroattività, ha dichiarato che “*Benché risulti dall'art. 15, n. 4, del regolamento n. 17 che le decisioni della Commissione che infliggono ammende per violazione del diritto della concorrenza non hanno un carattere penale (...) resta pur sempre il fatto che la Commissione è tenuta a rispettare i principi generali del diritto comunitario, ed in particolare quello d'irretroattività, nei procedimenti amministrativi che possono portare all'irrogazione di sanzioni in applicazione delle regole di concorrenza del Trattato (...). Tale rispetto esige che le sanzioni inflitte ad un'impresa per un'infrazione alle regole di concorrenza corrispondano a quelle che erano stabilite al momento in cui l'infrazione è stata commessa*”.

Lasciando dunque aperta la questione relativa alla natura penale delle sanzioni antitrust comunitarie, l'analisi della giurisprudenza comunitaria mostra, seppure con affermazioni di principio contrastanti, l'astratta applicabilità ai procedimenti ed alle sanzioni antitrust delle tutele tipiche della materia penale¹²⁹ come il principio di legalità¹³⁰, di irretroattività¹³¹, *ne bis in idem*, principio di colpevolezza, l'applicazione in sede di commisurazione della pena di circostanze attenuanti ed aggravanti, il principio di territorialità, di parità di trattamento¹³², della responsabilità personale e di individualità della pena¹³³, della presunzione di innocenza¹³⁴ ed, in ultima analisi, il rispetto

¹²⁸ Sentenza del 20 marzo 2002, causa T-23/99, *LR AF 1998 A/S c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, p. II-1705, punto 220.

¹²⁹ Nel nostro ordinamento le sanzioni previste dall'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, vengono in genere considerate come sanzioni amministrative. L'art. 31 della medesima legge dispone che si applicano, in quanto compatibili, le norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 che stabilisce una disciplina per così dire organica dell'illecito amministrativo, derivando da un'opera di depenalizzazione di numerosi illeciti. Il risultato a cui si perviene è il medesimo raggiunto a livello comunitario, in quanto si ritiene che trovino applicazione i medesimi principi di derivazione penalistica individuati anche a livello comunitario. Per ampi riferimenti in proposti, cfr. M. L. SCHIAVANO, *sub. art. 15 l. 287/90* in P. MARCHETTI – L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, 2004, pp. 2387 e ss; A. ALESSANDRI, *sub. art. 31*, in P. MARCHETTI – L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 2415 e ss.

¹³⁰ Sentenza del Tribunale di primo grado *Sca Holding Ltd c. Commissione*, causa T-327/94, in *Racc.*, p. II-1373, punto 160.

¹³¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002, *LR AF 1998 A/S c. Commissione*, *cit.*, punto 217.

¹³² Sentenza del Tribunale di primo grado del 28 febbraio 2002, *Stora Kopparbergs Bergslags Ab c. Commissione*, causa T-354/9, in *Racc.*, p. II-2111, punto 78.

¹³³ Sentenza della Corte del 16 dicembre 1976, *Suiker Unie U.A. e a. c. Commissione*, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73, 114/73, in *Racc.*, p. 1663;

rigoroso dei diritti di difesa¹³⁵.

Nel corso del presente lavoro si provvederà quindi ad analizzare come alcuni dei principi sopra indicati hanno ricevuto applicazione nella prassi e quali potrebbero essere gli sviluppi futuri per garantire una corretta attuazione della politica di concorrenza, tenendo in debita considerazione i diritti di difesa delle imprese.

sentenza del Tribunale di primo grado, del 9 luglio 2003, *Cheil Jedang Corp. c. Commissione*, causa T-220/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2473.

¹³⁴ Sentenza della Corte dell'8 luglio 1999, *Montecatini s.p.a. c. Commissione*, causa C-235/92P, in *Racc.*, p.I-4839.

¹³⁵ L'applicabilità delle tutele tipicamente penalistiche nell'ambito dei procedimenti amministrativi è presente anche nel nostro ordinamento. Tale fenomeno può ricondursi alla natura ibrida delle sanzioni amministrative, che spesso vengono create dal legislatore in seguito ad un'opera di depenalizzazione per i reati bagatellari. Le sanzioni (amministrative) meramente afflittive che *"hanno lo scopo di assicurare l'esecuzione del precetto non direttamente attraverso la soddisfazione dell'interesse garantito da esso, ma in via indiretta, producendo un effetto dannoso a carico del trasgressore"* (così DUCCIO M. TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d. lgs 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, p. 353) vengono, infatti, assimilate dalla dottrina (DUCCIO M. TRAINA, *op. cit.*, p. 353) alle sanzioni penali, in particolar modo per quanto attiene al profilo della funzione preventiva e punitivo-retributiva, intesa quale inflazione al trasgressore *"di un male ritenuto maggiore rispetto al beneficio che dalla violazione possa derivare"* (E. CASETTA, *Sanzione amministrativa*, in *Digesto* 1990, p. 598). Altra parte della dottrina (G. GRASSO, *op. cit.*, p. 50) ha evidenziato la complementarietà tra sistema penale e sistema degli illeciti amministrativi: la figura di illecito amministrativo di natura "punitiva" (l. 689/81) non presenterebbe, pertanto, ontologica diversità rispetto all'illecito penale in quanto rivolto comunque alla tutela di interessi generali. Il criterio discrezionale forse quindi è solo formale e nominalistico, rappresentato dal tipo di sanzione.

In Italia, con la l. 689/81 si è soddisfatta l'esigenza di estendere un certo nucleo di principi propri dell'illecito penale all'illecito amministrativo, caratterizzato da sanzioni pecuniarie punitive, e così è avvenuto anche nell'ordinamento tedesco.

CAPITOLO 2

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

SOMMARIO: 1. Il principio *ne bis in idem* e sua valenza sul piano internazionale. - 2. Concetto di *idem factum* - 3. *Ne bis in idem* all'interno del diritto comunitario. - 4. *Ne bis in idem* tra procedimenti nazionali e comunitari. - 5. *Ne bis in idem* in relazione a sanzioni comunitarie e di Paesi terzi. - 6. Considerazioni conclusive.

1. Il principio *ne bis in idem* e sua valenza sul piano internazionale

Come è noto, il principio *ne bis in idem* impone il divieto per le autorità di un medesimo Stato di giudicare due volte una stessa persona che sia già stata condannata o assolta con sentenza definitiva per un medesimo fatto/reato¹³⁶.

Si configurano due modalità di applicazione del principio in parola. Questo opera in primo luogo come preclusione processuale (il cd. giudicato penale negativo). In base a tale preclusione un giudice non può sottoporre ad un nuovo procedimento un soggetto che sia già stato giudicato per il medesimo fatto/reato. In secondo luogo, il principio opera sul piano esecutivo¹³⁷ e consente ad un giudice di tenere in considerazione, ed eventualmente decurtare, sanzioni già inflitte ad un medesimo soggetto per lo stesso fatto/reato.

Si suole escludere che il *ne bis in idem* costituisca un principio operante nell'ordinamento internazionale sia nella forma di regola consuetudinaria, sia nella forma di principio generale di diritto. Ciò vale sicuramente in relazione alla accezione di preclusione processuale del principio in questione¹³⁸ e con qualche maggiore incertezza per il suo profilo

¹³⁶ Per ampi riferimenti, anche bibliografici, si veda D. E. LOPEZ, *Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is Used to Circumvent Non Bis In Idem*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.33:1263, 2000, p. 1267 e ss..

¹³⁷ Per maggiori riferimenti si veda C. VAN DEN WYNGAERT – G. STESENS, *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, p. 793.

¹³⁸ Cfr. *ex multis* D. E. LOPEZ, *op. cit.*, p.1263; N. GALANTINI, *Il principio del “ne bis in idem” internazionale nel processo penale*, Milano, 1984; R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto*,

esecutivo¹³⁹.

Il principio è accolto in diversi strumenti convenzionali¹⁴⁰, anche a

Studi in onore di F. Capotorti, Milano, 1999, p. 3 e ss., il quale però non esclude che possa essere individuabile un *ne bis in idem* internazionale *in fieri*; C. VAN DEN WYNGAERT – G. STESENS, *op. cit.*, p. 799. Anche la nostra Corte Costituzionale si è pronunciata, a più riprese, nel senso dell'inesistenza di un tale principio: si veda sentenza del 18 aprile 1967, n. 48, in *Giur. cost.*, 1967, I, p. 229 e ss.; sentenza del 8 aprile 1976, n. 69, *ibidem*, 1976, p. 432 e ss..

L'esistenza di un *ne bis in idem* internazionale è stata da ultimo negata anche dall'Avvocato Generale Tizzano, nelle conclusioni rese nella causa C-397/03P, *Archer Daniels Midland Company – Archer Daniels Midlands Ingredients Ltd.* c. Commissione, del 7 giugno 2005, non ancora pubblicata in *Raccolta*, il quale sul punto ha rilevato che (p.to 97) “*Quanto appena affermato [ndr. inesistenza di un principio internazionale che accolga il ne bis in idem] trova chiara conferma nella giurisprudenza internazionale. In particolare il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia non ha esitato a riconoscere che ‘the principle of non bis in idem appears in some forms as part of internal legal code of many nations. Whether characterised as non bis in idem, double jeopardy or autrefois acquit, autrefois convict, this principles normally protects a person from being tried twice or punished twice for the same acts. This principle has gained a certain international status since it is articulated in article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights as standard of a fair trial, but it is generally applied as to cover only a double prosecution within the same State. The principle is binding upon this International Tribunal to the extent that it appears in Statute, and in the form it appears there’ (Decision on the Defence Motion on the Principle of Non Bis In Idem, Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-I, T.Ch. II, 14 Nov. 1995)*”. Successivamente, l'Avvocato Generale ha ulteriormente precisato che (p.to 98) “*tale linea di pensiero è stata espressamente condivisa anche da alcune corti costituzionali nazionali. Con sentenza 31 marzo 1987, ad esempio, il Bundesverfassungsgericht tedesco ha escluso che il principio in questione ‘possa essere considerato alla stregua di un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto’.* Parimenti, in ben due sentenze la Corte Costituzionale italiana ha ritenuto che il semplice fatto che detto principio sia comune alla quasi totalità degli ordinamenti giuridici nazionali non costituisce motivo sufficiente per configurarlo come principio generale di diritto internazionale applicabile anche alle sentenze straniere”. Più oltre, l'Avvocato Generale ha rilevato che (punto 99) “*perfino in un contesto integrato come quello comunitario, il principio del ne bis in idem si è affermato solo grazie alla sua previsione in apposite norme convenzionali, quali la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (art. 54), la Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee (art.7) e la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli altri Stati membri della Comunità europea*”.

¹³⁹ Ma vedi in senso difforme, C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, p. 923 e ss., secondo cui il *ne bis in idem* esecutivo potrebbe rispondere ad una logica equitativa e di *extrema ratio* poiché offrirebbe al soggetto giudicato due volte la possibilità di vedersi decurtata, o quantomeno presa in considerazione, la pena già inflitta. La possibilità di prendere in considerazione sanzioni già inflitte da altre autorità è espressamente riconosciuta da numerose convenzioni internazionali: art. 54 della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970; art. 36 della Convenzione europea sulla trasmissione delle procedure repressive del 1972; art. 56 della Convenzione di applicazione di Schengen del 1990.

¹⁴⁰ Tra le convenzioni maggiormente significative devono essere annoverate: l'art. 54 della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi, adottata a L'Aja il 18 maggio 1970; l'art. 36 della Convenzione europea sulla trasmissione delle procedure

vocazione universale, come l'art. 14 par. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966¹⁴¹ e l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU¹⁴². Tuttavia, la sua applicazione è limitata alle pronunce emanate in seno ad un solo ordinamento nazionale. Ad esempio, nell'ambito del Patto internazionale dei diritti civili e politici, il Comitato dei diritti dell'uomo ONU¹⁴³ ha affermato che *"no one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted with the law and procedure of each country"*. La stessa limitata applicazione è prevista anche con riferimento alla CEDU¹⁴⁴. Ciò in quanto l'impossibilità da parte di uno Stato di esercitare l'azione penale perché già esercitata all'estero, viene considerata una limitazione di sovranità non tollerabile in assenza di un coordinamento e di un livello di armonizzazione elevato.

Rispetto al sistema internazionale, in ambito europeo l'applicazione del

repressive del 1972, firmata a Strasburgo il 15 maggio 1972; Convenzione tra Stati membri relativa all'applicazione del principio *"ne bis in idem"* firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987.

¹⁴¹ Adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione n. 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966 ed aperto alla firma degli Stati membri il 19 dicembre 1966. Firmato dall'Italia il 18 gennaio 1967; ratificato il 15 settembre 1978 in seguito ad autorizzazione disposta con l. 25 ottobre 1977, n. 881, in GU del 7 dicembre 1997, n. 333, Suppl. ord.. L'art. 14 par. 7 stabilisce che *"nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun Paese"*.

¹⁴² Protocollo addizionale n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984. Firmato dall'Italia il 22 novembre 1984 e ratificato il 7 novembre 1991 (con entrata in vigore il 1° febbraio 1992) in seguito ad autorizzazione disposta con l. 9 aprile 1990, n. 98, in GU 2 maggio 1990, n. 100. L'art. 4, rubricato *"Diritto di non essere giudicato o punito due volte"* testualmente recita *"1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato."*

2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta."

3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'art. 15 della Convenzione".

¹⁴³ Comitato dei diritti dell'uomo ONU, decisione 2 novembre 1987 sulla comunicazione 204/1986, in *Il "Comitato dei diritti dell'uomo" e il ne bis in idem internazionale*, in *Indice pen.*, 1988, p. 124.

¹⁴⁴ Decisione 16 gennaio 1995, sulla ricevibilità del ricorso n. 21072/92 *Gestra c. Italia*, in *Riv. dir., int.*, 1996, p. 456 e ss.. La corte di Strasburgo (Sent. del 29 maggio 2001, *Fraz Fischer c. Austria*, punto 30) ha anche sottolineato come una corretta applicazione del *ne bis in idem* dovrebbe avvenire in un momento prodromico alla comminazione della sanzione, e quindi a livello di preclusione processuale, impedendo l'instaurazione di un nuovo procedimento per il medesimo fatto/reato, e non a posteriori come semplice decurtazione della sanzione già inflitta.

principio del *ne bis in idem* appare senz'altro più incisiva. La Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen¹⁴⁵ prevede all'art. 54 che “*una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della Parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita*”. Tale norma ha ricevuto numerose applicazioni ed è altresì sottoposta al controllo, seppure limitato, della Corte di Giustizia ex art. 35 UE.

Da ultimo, il *ne bis in idem* è stato riconosciuto anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in cui l'art. 50 espressamente stabilisce che “*nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*”. Con la proclamazione della Carta, la portata e l'ambito di applicazione del *ne bis in idem* potrebbero, almeno in via interpretativa, ritenersi estesi a tutto il territorio comunitario¹⁴⁶, superando, quindi, il sistema convenzionale di Schengen. L'art. 52 della Carta, infatti, prevede che essa debba essere rispettata dalle istituzioni comunitarie e dagli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Le istituzioni comunitarie, in considerazione degli aspetti sempre più transnazionali della criminalità, conscie delle problematiche connesse all'assenza del principio del *ne bis in idem* a livello comunitario, si sono occupate del principio in questione con vari atti, privi però di efficacia vincolante. Il Parlamento europeo con la “*Risoluzione sull'applicazione nella Comunità europea del principio del “ne bis in idem” in materia penale*” del 1984¹⁴⁷ ha invitato il Consiglio a pronunciarsi sulla materia avendo gli Stati membri legislazioni diverse. Esso ha rilevato come il detto principio poggi su due presupposti complementari, ossia la libertà individuale e la “*vis rei judicatae*” intesa quale elemento di pace sociale¹⁴⁸. Il Parlamento ha altresì

¹⁴⁵ Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra il governo degli Stati dell'Unione economica Benelux, della repubblica federale di Germania e della Repubblica Francese, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni.

¹⁴⁶ W.P.J. WILS, *The EU Network of Competition Authorities, the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the EU*, reperibile sul sito www.eui.it, contributo in occasione dell'*EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings*, 2002, p. 17.

¹⁴⁷ In GUCE C 104 del 16.04.1984.

¹⁴⁸ Risoluzione del Parlamento, citata, punto 3.

evidenziato come la giurisprudenza della Corte di giustizia, “*riconoscendo la tutela dei diritti fondamentali come parte integrante dei principi generali del diritto*” ne abbia conseguentemente sancito l’ingresso nel diritto comunitario, “*per cui non possono più essere ammesse deroghe in sede di applicazione del principio del ne bis in idem*”¹⁴⁹.

La Commissione, nell’ambito dello spazio giudiziario europeo e avendo come punto di riferimento il mandato del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999¹⁵⁰ sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e delle sentenze in materia penale, sulla base dell’art. 31, lett. a) UE che prevede la “*facilitazione e l’accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione (...) all’esecuzione delle decisioni*”, ha emanato la “*Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*” del 26 luglio 2000¹⁵¹. La Commissione ha sottolineato l’importanza della piena operatività del principio in questione, ponendo in evidenza il problema del significato da attribuire al termine “*idem*”, da sempre oggetto di attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza e che vede interpretazioni oscillanti tra la rilevanza dello stesso fatto o dello stesso reato. L’importanza del principio in esame è stata altresì presa in considerazione dal “*Programma di misure per l’attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali*”¹⁵² del 2001.

Di particolare rilievo risulta essere anche l’“*Iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell’adozione della decisione quadro del Consiglio sull’applicazione del principio ne bis in idem*”¹⁵³ del 2003. Tra gli illeciti sottoposti all’ambito di applicazione di detto principio vengono annoverati anche quelli amministrativi punibili con una sanzione pecuniaria da parte di un’autorità amministrativa, se appellabili dinanzi ad un tribunale penale. Viene accolta una nozione di “*idem*” che conferisce rilevanza unicamente agli atti commessi e che quindi pare prescindere dalla loro qualificazione giuridica; si

¹⁴⁹ Punto 9.

¹⁵⁰ Punti 33 e ss..

¹⁵¹ COM (2000) 495 def., non ancora pubblicata.

¹⁵² in GUCE C 12 del 15 gennaio 2001.

¹⁵³ In GUCE C 100 del 26 aprile 2003.

accoglie anche il *ne bis in idem* esecutivo che consente di tener conto di sanzione eventualmente già inflitte.

Anche nell'ambito dei lavori della Convenzione europea, il gruppo X “*Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*” nella relazione finale presentata il 2 dicembre 2002, si è riconosciuta l'esigenza di un ravvicinamento delle disposizioni in materia di diritto sostanziale e procedurale al fine di facilitare il reciproco riconoscimento.

Infine, deve essere ricordato il Libro Verde della Commissione sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali¹⁵⁴.

2. Concetto di *idem factum*

L'applicabilità del principio del *ne bis in idem* al diritto della concorrenza è stata sottoposta più volte al vaglio del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia. Nonostante in questo settore le problematiche sottese all'applicazione del principio in questione siano meno rilevanti rispetto a quelle che emergono con riferimento al diritto penale, trattandosi di procedure che tendono a colpire persone giuridiche¹⁵⁵ e non singole persone fisiche, il *ne bis in idem* rileva anche nel diritto della concorrenza, in quanto principio di diritto comunitario.¹⁵⁶

Procederemo nelle prossime pagine ad esaminare le questioni relative a tale rilevanza. Preliminarmente, peraltro, conviene svolgere qualche approfondimento su un aspetto di particolare rilievo del principio del *ne bis in idem*, vale a dire sulla definizione della nozione di “*idem factum*”, che costituisce la condizione per l'applicazione del principio. Come si è già accennato, infatti, al fine dell'applicazione del *ne bis in idem* occorre trovarsi in presenza dell' “*idem factum*”. Cosa debba intendersi per tale identità è però questione particolarmente controversa e, in realtà, non ancora definitivamente

¹⁵⁴ COM(2005) 696 definitivo del 23 dicembre 2005 ed il conseguente *Commission Staff working paper Annex to Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, COM(2005) 1767 del 23 dicembre 2005.

¹⁵⁵ Cfr. *Commission Staff working paper Annex to Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, op. cit., p. 12.

¹⁵⁶ J. A. E. VERVAELE, *El principio ne bis in idem en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el Espacio Judicial Europeo*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 5 ottobre 2004, reperibile anche sul sito www.iustel.com.

risolta. A parere della dottrina, due sono le possibili soluzioni: l'identità in questione si riferisce ai fatti materiali storicamente considerati ovvero alla qualificazione giuridica degli stessi. La maggior parte degli autori concorda nel ritenere che per "stesso fatto" debba intendersi il fatto storico-naturale nella sua dimensione temporale e spaziale. Infatti, assumendo come parametro di riferimento l'identità di qualificazione giuridica del fatto, la portata del principio potrebbe risultare limitata, poiché la sussumibilità di una data condotta in una determinata fattispecie comporta valutazioni interpretative degli organi inquirenti e giudicanti che potrebbero condurre a qualificazioni giuridiche diverse e conseguentemente rendere non operativo il principio¹⁵⁷. Per tali motivi, la dottrina¹⁵⁸ ritiene che l'identità rilevante debba riguardare i fatti nella loro collocazione storica, con identità di tempo, luogo e persona, intesa sia come vittima che come autore¹⁵⁹.

In seno all'ordinamento comunitario, la questione in esame è stata affrontata a più riprese, sia nell'ambito Schengen, sia in quello della concorrenza.

Nel primo settore¹⁶⁰, la Corte si è espressa nella sentenza *Van*

¹⁵⁷ S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio del ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 900, segnala come non sia possibile prescindere completamente dalla qualificazione giuridica in quanto la sussunzione del fatto in una determinata fattispecie implica necessariamente una scelta tra i fatti che potenzialmente potrebbero assumere rilievo.

¹⁵⁸ N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁹ La necessità dell'identità della vittima o dell'oggetto materiale (P. GIANNITI, *Rilievi sul "fatto" nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 2, 408 e ss) nasce per ovviare agli inconvenienti che potrebbero derivare dall'accoglimento della teoria che individua nello stesso "fatto" unicamente la condotta dell'agente, con assoluta esclusione di connotazioni appartenenti alla fattispecie normativa (per ampi riferimenti sul punto cfr. G. BELLAVISTA – G. TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1987, p. 707; A. PAGLIARO, voce *Fatto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 964). Le difficoltà sorgono nel caso del cd. concorso formale di reati, in cui un soggetto con una medesima condotta viola più norme giuridiche. L'accoglimento della teoria sopra citata, senza alcun correttivo, potrebbe condurre a situazioni di impunità paradossali. L'esempio tipico (cfr. A. BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante al giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, 5, p. 1398) riguarda la possibilità che un soggetto con la medesima azione cagioni la morte di due persone. Se il soggetto venisse in ipotesi assolto (o condannato) per il primo omicidio, evidenti esigenze di giustizia richiederebbero che egli non possa, in applicazione del *ne bis in idem*, non essere processato per il secondo degli omicidi per essere stato assolto (o condannato) per il primo. Del concorso formale di reati si è occupata anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso *Oliveira c. Switzerland*, 30 luglio 1998, *Reports of Judgements and Decision*, 1998.

¹⁶⁰ Cfr. in precedenza le conclusioni generali dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate nel caso *Gözütok e Brügge*, causa C-187/01, in *Racc.*, 2003, p. I-1345, in cui si era affermato che l'identità rilevante doveva essere individuata nell'identità dei soggetti agenti,

*Esbroeck*¹⁶¹. Seguendo le conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz- Jarabo Colomer, la Corte ha impostato la questione dell'*idem factum* in maniera ulteriormente articolata rispetto all'approccio della dottrina, individuando tre, e non due, possibili interpretazioni di tale concetto. Oltre all'identità dei fatti materiali e all'identità di qualificazione giuridica, i giudici comunitari hanno altresì evocato la possibile identità dell'interesse giuridico tutelato¹⁶².

Di queste tre possibili interpretazioni, i giudici hanno fatto propria quella che vede nell'*idem factum* la mera identità dei fatti materiali. Essi hanno posto anzitutto l'accento sul tenore letterale della Convenzione stessa, in cui viene espressamente utilizzato il termine "fatto", diversamente da taluni altri strumenti pattizi in cui invece viene utilizzato il termine "reato"¹⁶³. In secondo luogo, la Corte ha osservato che tale soluzione è corroborata da un'interpretazione teleologica della Convenzione stessa che mira ad evitare che una persona, per il fatto di aver esercitato il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul

nel fatto e nel bene giuridico tutelato. Secondo l'opinione espressa dall'Avvocato Generale (punto 55) l'identità di detti tre elementi è fondamentale poiché "*non è determinante il fatto che l'azione repressiva venga esercitata all'interno di uno stesso ordinamento oppure che emani da ordinamenti diversi: ciò che si deve invece accertare al fine di stabilire se uno stesso possa essere punito più di una volta, a prescindere da chi eserciti il potere sanzionatorio, è se le diverse sanzioni servano a tutelare i medesimi beni giuridici, o invece i valori che si tutelano siano diversi*". A proposito della *ratio* sottesa al principio in esame, nelle conclusioni l'Avvocato Generale ha affermato che il *ne bis in idem* è volto ad impedire un "*un inammissibile esercizio reiterato dello ius puniendi*" (punto 48 delle conclusioni). In dottrina è stato posto in rilievo come il principio in questione si ponga su di un piano di strumentalità rispetto alla finalità della certezza del diritto in quanto esso "*osta a che le decisioni adottate dai pubblici poteri una volta divenute definitive ed inappellabili, siano rimesse in discussione sine die*" (cfr. A. CALIGIURI, *L'applicazione del principio ne bis in idem in diritto comunitario: a margine della sentenza Gözütok e Brügge*, in *Riv. dir. inter. priv. e proc.*, 2003, p. 876).

¹⁶¹ Sentenza della Corte del 9 marzo 2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, non ancora pubblicata in *Raccolta* e conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 20 ottobre 2005, non ancora pubblicate in *Raccolte*; confermata anche dalla successiva pronuncia della Corte del 28 settembre 2006, *van Straaten*, causa C-150/05, non ancora pubblicata in *Raccolta* e Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz – Jarabo Colomer presentate l'8 giugno 2006, non ancora pubblicate in *Raccolta*.

¹⁶² Sentenza della Corte *Leopold Henri Van Esbroeck*, *cit.*, punti 31-36.

¹⁶³ Si veda per esempio la stessa Convenzione di Schengen in cui nella versione inglese si utilizza il termine "*offense*", mentre in quella francese "*faits*". Peraltro, il termine inglese "*offense*" non corrisponde esattamente al concetto di reato presente nei Paesi di *civil law*. Cfr. sul punto F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico, inglese-italiano*, Milano, 1984, p. 1071, definisce il termine *offense* come "*reato, infrazione in genere. L'espressione non ha un preciso significato tecnico; essa indica, in genere, un atto od una omissione punita dalla legge penale*".

territorio di più stati contraenti¹⁶⁴. Secondo la Corte, tale diritto risulta efficacemente tutelato soltanto qualora l'autore di un atto sia consapevole che una volta condannato e scontata la pena (o se del caso, una volta definitivamente assolto in uno Stato membro) possa circolare all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguito in un altro Stato membro nel cui ordinamento tale atto integri una distinta infrazione¹⁶⁵. La Corte ha quindi rilevato che, data l'assenza di armonizzazioni penali nazionali, *“un criterio fondato sulla qualificazione giuridica degli atti o sull'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti”*: di conseguenza l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dei fatti e dall'interesse protetto dalla fattispecie penale, è *“quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro”*¹⁶⁶.

Diverso approccio appare seguito nel settore della concorrenza, ove la Corte ha affermato che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è soggetta ad una triplice condizione: identità dei fatti, identità dell'autore dell'infrazione e identità del bene giuridico tutelato¹⁶⁷. Il principio in esame vieta quindi *“di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico”*¹⁶⁸. In tale settore, i giudici comunitari fanno leva sulla mancanza di identità del 'bene giuridico tutelato' dalle diverse norme antitrust per negare la

¹⁶⁴ Sentenza della Corte *Leopold Henri Van Esbroeck*, cit., punto 33.

¹⁶⁵ *Ibidem*, punto 34. Secondo l'Avvocato Generale (cfr. conclusioni cit. punti 46-47) il giudice deve valutare unicamente il fenomeno storico, senza attribuire alcuna rilevanza al bene giuridico protetto o alla violazione di norme giuridiche, proprio perché si è in presenza di un sistema che realizza un elevato livello di integrazione tra i Paesi membri: lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve necessariamente comportare che i singoli possano circolare liberamente senza che su di essi 'penda la spada di Damocle' di nuovi procedimenti o sanzioni in virtù di differenti interpretazioni del concetto di *idem*.

¹⁶⁶ Sent. *Leopold Henri Van Esbroeck*, cit., punto 36. Secondo l'opinione espressa dall'Avvocato Generale *Ruiz-Jarabo Colomer* nelle conclusioni cit., punto 46, il criterio del bene giuridico deve essere respinto in quanto esso *“risulta talmente vincolato alle legittime opzioni delle politiche criminali nazionali da permettere che sia punito più di una volta un medesimo comportamento”*.

¹⁶⁷ Sentenza della Corte del 1° gennaio 2004, *Aalborg Portland A/S e a. c. Commissione*, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P, C-219/00P, in *Racc.*, 2004, p. I-123; cfr. anche Conclusioni dell'Avvocato Generale *Ruiz-Jarabo Colomer*, presentate l'11 febbraio 2003 nella causa C-213/00 *Italcementi c. Commissione*.

¹⁶⁸ Sent. *Aalborg*, cit., punto 338.

sussistenza degli elementi necessari all'applicazione al principio del *ne bis in idem*. Infatti, la differenziazione degli scopi perseguiti, soprattutto con riferimento alle normative antitrust comunitarie e di Paesi terzi consente di risolvere una questione, presente anche nel settore penale, e nota come concorso eterogeneo di reati, ossia la situazione in cui un soggetto con la medesima condotta viola più norme.

Come già rilevato, l'identità del fatto che dà luogo al divieto di un doppio giudizio viene in genere interpretata nella sua collocazione storica, con identità di tempo, luogo e persona, intesa sia come vittima che come autore dell'illecito¹⁶⁹. La trasposizione in ambito antitrust di tale interpretazione non può avvenire automaticamente, in quanto considerare necessaria anche l'identità della vittima comporterebbe inevitabilmente la non applicabilità del principio in esame in alcun caso. Se, infatti, con il termine "vittima" si intende l'ordinamento statale leso dal comportamento anticoncorrenziale, dovrebbe ritenersi che, nel caso di illeciti con effetti ultraterritoriali tale identità, non sia mai sussistente, in quanto vengono violati i diritti di diverse entità statali. Le violazioni della normativa antitrust di più ordinamenti potrebbero essere pertanto concettualmente assimilati alle violazioni di più norme attraverso la medesima condotta.

La rilevanza data dai giudici comunitari al bene giuridico, inteso quale "*bene socialmente rilevante considerato in ragione della sua importanza, meritevole di protezione giudico-penale*"¹⁷⁰, consentirebbe di ovviare agli inconvenienti sopra descritti. Nell'ambito del diritto antitrust, difficilmente può parlarsi di "vittima" o "oggetto materiale"¹⁷¹, in quanto le normative poste a tutela della concorrenza proteggono beni giuridici di difficile definizione, ovvero, mutuando la terminologia penalistica, "inafferrabili", quali l'economia, l'efficienza allocativa, i consumatori. Porre l'accento sulla diversità del bene giuridico tutelato¹⁷² costituisce quindi una giustificazione per rendere non applicabile il *ne bis in idem* e sanzionare comportamenti che sono identici o comunque parzialmente coincidenti, ma che violano norme di Stati diversi.

¹⁶⁹ N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁰ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale I*, Bologna, 2002, p. 4.

¹⁷¹ A. GIOVENE, *Giudicato*, in *Digesto penale*, 1989, p. 431.

¹⁷² La diversità del bene giuridico al fine di rendere inoperante il *ne bis in idem* viene altresì evidenziata anche da A.B. BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del "ne bis in idem"?*, in *Dir. pen e proc.*, 1998, p. 1549.

Al contrario di quanto avviene nell'ambito Schengen, in cui esiste un sistema altamente integrato e caratterizzato da reciproca fiducia, nel settore della concorrenza non sussistono, a livello internazionale, strumenti di raccordo normativo dello stesso genere. In considerazione poi dell'accertata inesistenza di un principio del *ne bis in idem* a livello internazionale, le varie autorità della concorrenza hanno buon gioco a sanzionare più volte le medesime condotte. Ciò che non convince pienamente, come si vedrà oltre, è il ragionamento svolto dai giudici comunitari. Al fine di escludere l'identità di bene giuridico tutelato essi fanno leva sugli effetti di un dato comportamento anticoncorrenziale nei diversi territori, piuttosto che su di una effettiva diversità di scopi della varie normative antitrust. In effetti, la *ratio* sottesa alle legislazioni a tutela della concorrenza può essere considerata, a grandi linee, la medesima: la tutela della concorrenza. L'elemento che varia è l'estensione territoriale di detta tutela. In definitiva, la diversità degli obiettivi perseguiti dalle varie normative antitrust viene spiegata in termini di territorialità, che invece, come è noto, funge in via di principio da criterio di competenza/giurisdizione.

3. *Ne bis in idem* all'interno del diritto comunitario

Ciò posto, e tornando al problema dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel settore della concorrenza, conviene precisare che tale applicazione rileva in tre diversi ambiti: anzitutto in seno all'ordinamento comunitario in senso stretto, in secondo luogo nei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali degli Stati membri, ed infine nelle relazioni tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali di Paesi terzi.

Per quanto concerne l'applicazione del *ne bis in idem* nell'ambito dell'ordinamento comunitario, la questione consiste nel domandarsi se sussista un divieto per la Commissione di perseguire e/o condannare nuovamente un dato comportamento anticoncorrenziale che sia già stato sanzionato o dichiarato lecito da una sua precedente decisione non più impugnabile o eventualmente annullata dal Tribunale di primo grado. L'operatività del principio non pare essere messa in discussione, poiché i giudici comunitari hanno più volte affermato che il *ne bis in idem* costituisce un principio

generale di cui deve essere garantito il rispetto¹⁷³ e che “nell’ambito del diritto comunitario della concorrenza, detto principio vieta che un’impresa sia condannata o perseguita di nuovo dalla Commissione per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia già stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione della Commissione non più suscettibile di impugnazione”¹⁷⁴.

Ai fini di una corretta applicazione del principio in esame deve trattarsi di una decisione definitiva, ossia non più suscettibile di impugnazione dinanzi ai giudici comunitari per decorso dei termini previsti dall’art. 230 CE, oppure una sentenza di questi ultimi passata in giudicato. Deve, inoltre, trattarsi di una vera e propria decisione che possa dirsi di “condanna” o di “assoluzione”, ossia la pronuncia deve contenere una statuizione sul merito¹⁷⁵.

In caso di annullamento di una decisione da parte degli organi giudiziari comunitari, in dottrina è stato posto in rilievo¹⁷⁶ come si debbano

¹⁷³ Cfr, *ex multis*, sentenza della Corte 5 maggio 1966, cause riunite 18/65 e 35/65, *Gutmann c. Commissione*, in *Racc.*1966, p.149, 172; sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-8375.

¹⁷⁴ Sentenza del Tribunale del 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd*, e a. c. Commissione, in *Racc.*, 2004, p. II- 1181, punto 131.

¹⁷⁵ Il concetto di decisione definitiva ha ricevuto ulteriori specificazioni in sede di interpretazione della Convenzione di applicazione del Trattato di Schengen: nella sentenza della Corte del 10 marzo 2005, *Miraglia*, causa C-469/03, in *Racc.*, 2005, p. I-2009 la Corte ha affermato che ai fini dell’applicazione del principio del *ne bis in idem* deve trattarsi di una vera e propria decisione di merito, ossia una decisione in cui sia avuta una valutazione del merito della controversia e non una decisione meramente procedurale. Secondo C. GAUER, *Due Process in the Face of Divergent National Procedures and sanctions*, reperibile sul sito www.ibanet.org/images/downloads/Articles%20C3%A9line.pdf, pp. 5 e 6, deve altresì trattarsi di una decisione relativa a comportamenti già avvenuti nel passato, quindi non valevole meramente per il futuro, e deve indirizzarsi alla persona soggetta al procedimento e non a terzi, come potrebbero essere eventuali denunciati. Nel caso in cui una denuncia venga rigettata dalla Commissione o da un’autorità nazionale, un’altra autorità potrebbe intraprendere un nuovo procedimento senza violare il principio del *ne bis in idem*.

Il regolamento n. 1/2003 prevede un’ampia tipologia di decisioni che possono essere assunte dalla Commissione, ma non tutte possono essere considerate come “condanne” o “assoluzioni” ai fini dell’applicabilità del *ne bis in idem*. Ad esempio, una decisione di accettazione di impegni *ex art. 10* regolamento n. 1/2003 non pare poter essere considerata alla stregua di una “condanna” in quanto non viene effettuata alcuna valutazione di merito. Detta tipologia di decisioni non pare potersi nemmeno considerare come “definitiva”, poiché è suscettibile di essere rivista dalla Commissione al verificarsi dei presupposti contenuti nell’art. 10 par. 2.

¹⁷⁶ W.P.J. WILS, *The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economics Analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 131, in particolare p. 140.

distinguere due tipi di situazioni. La prima riguarda l'ipotesi in cui una decisione sia stata annullata dai giudici per carenza di prove a suffragio della presunta infrazione e la seconda concerne il caso in cui la decisione venga annullata per vizi meramente procedurali.

Nel primo caso, si ritiene¹⁷⁷ opportuno escludere la possibilità di una seconda azione da parte della Commissione, in quanto si avrebbe un "assoluzione" ai sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU¹⁷⁸.

Nel secondo caso, invece, risulta ammissibile una seconda pronuncia. Questa situazione è stata direttamente affrontata dalla Corte nella sentenza *Limburgse*¹⁷⁹ (*PVC II*), in cui si discuteva dell'inesistenza di una decisione della Commissione dovuta a mancanza di autenticazione della stessa. La Corte ha chiarito che l'operatività del principio in esame è subordinata ad un pronuncia sul merito¹⁸⁰, in difetto della quale permane la possibilità di un riesame. A tal proposito, i giudici del Lussemburgo, hanno sottolineato che il *ne bis in idem* "non osta di per sé ad una riattivazione delle procedure sanzionatorie aventi ad oggetto lo stesso comportamento anticoncorrenziale nel caso in cui una prima decisione sia stata annullata per motivi di forma senza che sia intervenuta una pronuncia sul merito dei fatti contestati, poiché in tale caso la decisione di annullamento non ha valore di «assoluzione» nel senso attribuito a tale termine nelle materie riguardanti la repressione degli illeciti. In un'ipotesi siffatta, le sanzioni irrogate dalla nuova decisione non si cumulano con quelle inflitte dalla decisione annullata, bensì vi si sostituiscono"¹⁸¹.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 140.

¹⁷⁸ Quest'ultima norma lascia però spazio ad un secondo giudizio nel caso in cui dovessero emergere nuove prove in epoca successiva alla pronuncia della sentenza, ove ciò sia espressamente stabilito dalla legge. Analoga disposizione può ravvisarsi nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella misura in cui prevede che limitazioni ai diritti fondamentali purché espressamente previsti dalla legge.

¹⁷⁹ Sentenza della Corte del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)* cit..

¹⁸⁰ *Ibidem*, punto 60.

¹⁸¹ Punto 62. Parte della dottrina (W.P.J. WILS, *The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economics Analysis*, op. cit., p. 140) evidenzia come in un caso del genere la ripetizione della decisione appaia giustificata, in quanto, in mancanza, si creerebbero situazioni di impunità a fronte di comportamenti lesivi della concorrenza. La Commissione, d'altro canto, sarebbe incentivata ad intraprendere i procedimenti con la dovuta diligenza poiché potrebbe venire condannata alle spese, spesso ingenti, sostenute dall'impresa ricorrente nel corso del procedimento di annullamento.

In una recente pronuncia del Tribunale¹⁸² è stata nuovamente affrontata la questione dell'applicabilità del *ne bis in idem* relativamente ad un cartello mondiale di prodotti a base di carbone e grafite¹⁸³ che coinvolgeva le stesse imprese parti anche del cartello sugli elettrodi di grafite¹⁸⁴. Tra i vari motivi di doglianza, le società hanno fatto valere la violazione del principio in esame, in quanto la decisione della Commissione relativa agli accordi nel settore degli elettrodi di grafite e quella impugnata si riferivano, secondo l'impostazione difensiva, alle medesime condotte, aventi il medesimo obiettivo e che erano state attuate nel medesimo modo. Ad avviso delle ricorrenti, le infrazioni erano dirette contro il medesimo bene giuridico, ossia la concorrenza nel mercato comunitario ed erano state commesse con le stesse modalità, trattandosi di mercati strettamente correlati. Si sarebbe trattato di un'infrazione continuata, in cui l'intesa iniziale sugli elettrodi di grafite era stata estesa anche ad altre specialità di grafite. Il Tribunale ha invece escluso di trovarsi in presenza dei medesimi accordi sanzionati più volte sulla base del rilievo che essi differivano per il loro oggetto e per la loro estensione territoriale, nonostante le condotte sanzionate traessero origine dallo stesso complesso di accordi. Secondo i giudici comunitari, il *ne bis in idem* non risultava violato, in quanto si trattava di mercati del prodotto distinti in considerazione delle differenti proprietà fisiche, delle utilizzazioni e dei prezzi delle varie tipologie di grafite. Agli accordi in questione, inoltre, non partecipavano tutte le stesse imprese e le modalità applicative degli stessi risultavano differenti¹⁸⁵.

¹⁸² Sentenza del Tribunale del 15 giugno 2005, cause T-71/03, 74/03, 87/03 e 91/03, *Tokai Carbon* e a. c. Commissione, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁸³ Decisione della Commissione del 17 dicembre 2002, 5083 final, COMP/E – 2/37.667 – *Grafiti speciali* – Comunicato stampa IP/02/1906 del 17.12.02.

¹⁸⁴ Decisione della Commissione n. 2002/271/CE nel caso COMP P/E – 1/36.490, - *Elettrodi di Grafite* - in *GUCE* 2002, L 100, p. 1.

¹⁸⁵ Sentenza del 15 giugno 2005, *Tokai Carbon*, cit., punto 113. Del tutto legittimo è apparso l'invece discutibile *modus operandi* della Commissione, che con una unica decisione ha provveduto a sanzionare cartelli distinti. L'unicità della decisione con cui sono state inflitte diverse ammende per i differenti cartelli ha pertanto trovato legittimità sul base del rilievo che si trattava di mercati strettamente connessi, ancorché distinti.

4. *Ne bis in idem* tra procedimenti nazionali e comunitari

Il secondo profilo di applicazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto antitrust comunitario riguarda l'operatività dello stesso nei rapporti tra ordinamento comunitario e Stati membri. In linea di massima, si suole escludere che il principio in questione precluda l'adozione di una decisione di un'autorità nazionale relativa ad un fatto già sanzionato da parte della Commissione o viceversa che possa impedire l'adozione di una decisione della Commissione in merito ad una condotta già oggetto di un provvedimento di un'autorità nazionale. Tuttavia, almeno in linea teorica, la Commissione e la Corte hanno riconosciuto una seppur limitata valenza al *ne bis in idem* esecutivo.

La prima pronuncia che ha affrontato l'argomento relativo allo svolgimento parallelo di procedimenti comunitari e nazionali risale al 1969 nel caso *Walt Wilhelm*¹⁸⁶. La Corte ha riconosciuto questa possibilità, sulla base del rilievo che i sistemi giuridici coinvolti consideravano le intese sotto diversi aspetti, anche se caratterizzati da una stretta interdipendenza¹⁸⁷. Il diritto comunitario si sarebbe occupato delle intese sotto il profilo degli ostacoli che ne potevano conseguire per il commercio tra gli Stati membri, mentre le normative nazionali avrebbero considerato le intese in un ambito più ristretto, rispondendo ad esigenze proprie. L'unico limite alla pluralità di procedimenti è stato ravvisato nell'uniforme applicazione del diritto comunitario che comporta il divieto di provvedimenti nazionali contrastanti con decisioni prese dalla Commissione. Sulla questione relativa al pericolo di imposizione di doppie sanzioni, una comunitaria ed una nazionale, per la medesima condotta, la Corte ha affermato¹⁸⁸ che detto elemento non poteva considerarsi di rilievo tale da escludere l'eventualità di procedimenti paralleli che perseguono scopi distinti. Una generale esigenza di equità avrebbe potuto, nondimeno, comportare l'eventuale presa in considerazione di sanzioni inflitte in precedenza¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Sentenza della Corte del 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm* e a. c. *Bundeskartellamt*, causa 14/68, in *Racc.*, 1969, p. 1.

¹⁸⁷ *Ibidem*, punto 3.

¹⁸⁸ *Ibidem*, punto 11.

¹⁸⁹ Il riferimento all'equità, quale giustificazione per tenere in conto sanzioni già inflitte da autorità della concorrenza nazionali, è stato ribadito anche successivamente nella pronuncia del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, *Sotralentz SA* c. Commissione, causa T-

Come già esposto, nel caso *Italcementi*¹⁹⁰ si è ulteriormente precisato che ai fini dell'applicazione del principio in esame devono sussistere tre condizioni, ossia, l'identità dei fatti, dell'autore e del bene giuridico tutelato. Nel corso dell'analisi circa la sussistenza dei suddetti requisiti, l'Avvocato Generale, non contraddetto dalla Corte¹⁹¹, discostandosi parzialmente rispetto ai precedenti giurisprudenziali¹⁹², ha ammesso la sussistenza dell'unicità del bene giuridico tutelato, ossia la tutela di una “*concorrenza libera ed aperta sul mercato*” a livello nazionale e comunitario. Il sistema comunitario e quelli nazionali non potrebbero essere visti come “compartimenti stagni”, in quanto sono entrambi volti a tutelare la concorrenza: nella sua interezza il diritto comunitario, nelle sue varie componenti i sistemi nazionali¹⁹³. Le autorità comunitarie e nazionali svolgerebbero un compito analogo e nella loro attività repressiva dei comportamenti anticoncorrenziali mirano dunque a tutelare lo stesso bene giuridico. Con riferimento al criterio territoriale, ossia l'estensione dell'infrazione, l'Avvocato Generale ha rilevato come esso non debba considerarsi come un elemento sostanziale, bensì accessorio, poiché non influirebbe sulla natura dell'infrazione, ma solamente sulla sua intensità. Secondo tale impostazione, la soluzione fornita dalla Corte nel caso *Walt Wilhelm* e che permette di decurtare sanzioni eventualmente già inflitte, non sarebbe del tutto conforme al principio del *ne bis in idem*, poiché tale principio non consisterebbe in una norma di procedura da “*utilizzare quale palliativo al servizio della proporzionalità*” nelle ipotesi in cui un soggetto venga giudicato e sanzionato due volte per il medesimo comportamento.

Nel caso in esame è stata però esclusa l'identità dei fatti, quando invece pareva profilarsi una loro sovrapposizione, consistente in quell'affinità di

149/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1127, in cui, al punto 29 si è espressamente affermato che “(...) un'esigenza generale di equità implica che, nel commisurare l'ammenda, la Commissione deve tener conto delle sanzioni che siano già state irrogate all'impresa per lo stesso fatto, qualora si tratti di sanzioni inflitte per violazione del diritto delle intese di uno Stato membro e, di conseguenza, per fatti avvenuti nel territorio comunitario”.

¹⁹⁰ Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, presentate l'11 febbraio 2003, causa C-213/00 *Italcementi* c. Commissione, *cit.*.

¹⁹¹ Sentenza della Corte del 7 gennaio 2004, cause riunite C- 204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P, C-219/00P, *Aalborg Portland A/S* e a. c. Commissione, *cit.*, punto 340.

¹⁹² Sent. *Wilhelm* *cit.*.

¹⁹³ Con tale affermazioni parrebbe possibile non ritenere più ammissibili procedimenti multipli basati unicamente sulla diversità di fini delle normative antitrust nazionali e comunitaria.

“essential elements” della condotta, che secondo la giurisprudenza¹⁹⁴ di Strasburgo giustificerebbe l’operatività del principio in esame.

I concreti effetti dell’applicazione del *ne bis in idem* nei rapporti tra autorità nazionali e autorità comunitarie, meritano un esame anche sotto altri profili.

Il primo di essi riguarda l’applicazione della disciplina posta dal regolamento n. 1/2003 che ha creato l’*European Competition Network* formato dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Nelle intenzioni del legislatore comunitario, tale *Network* dovrebbe essere in grado di limitare il verificarsi il fenomeno dell’imposizione di sanzioni multiple da parte della Commissione e delle autorità nazionali.

I rischi di instaurazione di più procedimenti aventi ad oggetto la medesima condotta anticoncorrenziale non ci sembrano, tuttavia, del tutto scongiurati. Il regolamento n. 1/2003, introduce un sistema di competenze parallele, ma non fornisce criteri di “competenza”, se non nel caso dell’art. 11 par. 6, in cui viene previsto che l’avvio di un procedimento da parte della Commissione priva le autorità nazionali della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 CE. L’art. 11 par. 3 prevede un obbligo di informazione da parte delle Autorità garanti alla Commissione, quando queste debbano applicare gli articoli 81 e 82 CE, entro la prima misura formale di indagine. Tale scambio di informazioni, per converso, viene previsto quale semplice facoltà per quanto riguarda le altre autorità garanti nazionali. Anche la disposizione contenuta nell’art. 13 del regolamento n. 1/2003 non pare garantire appieno l’operatività del *ne bis in idem*, poiché il fatto che un’autorità si stia occupando di un caso costituisce per le altre autorità unicamente una mera facoltà di sospendere il procedimento o di respingere una denuncia. In assenza di un vero e proprio obbligo di sospensione o chiusura del procedimento rimane, dunque, ipotizzabile la possibilità di un doppio (o plurimo) procedimento con conseguente comminazione di pluralità di sanzioni¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Sent. 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*, cit., punto 29; in precedenza *Grandinger v. Austria*, del 23 ottobre 1995, serie A n. 238.

¹⁹⁵ Tale problema è stato ben evidenziato da D. WAELBROECK, “*Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long*”. *The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Fundamental Right*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2002, EU Competition Law and Policy

La Commissione, nella “Comunicazione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza” del 27 aprile 2004¹⁹⁶, ha fornito dei criteri di ripartizione della “competenza” e di allocazione sulla base dell’idoneità di un’autorità a trattare un determinato caso¹⁹⁷. Non solo dunque, non è escluso che più autorità si occupino del medesimo caso, ma anzi ne viene regolamentata l’azione, prevedendo dei meccanismi di coordinamento¹⁹⁸, senza però nulla disporre in merito alla questione delle sanzioni¹⁹⁹.

Workshop/Proceedings, www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2001/Waelbroeck.pdf, p. 5 il quale ha posto in luce che “*as the various mechanism show, the system is still largely based on flexibility without any stringent criteria on cases allocation. Therefore in practice the system is not very different from the one practised e.g in the context of the EC-US cooperation agreement. The risk of inconsistent decision –making, i.e of different authorities arriving at different conclusion applying the same rule to the same behaviour and to the same company, is therefore not negligible. If such situation arise – as they did in the past – this, will, in our view, raise serious questions both as regards the principle of legality of sanctions contained in article 7 of the Conventions and as regards ne bis in idem principle*”.

¹⁹⁶ In GUC 101 del 27 aprile 2004, p. 43.

¹⁹⁷ Il punto 8 della citata Comunicazione prevede che un’autorità possa essere considerata la più idonea a trattare un caso al verificarsi di tre condizioni cumulative: in primo luogo se l’accordo o la pratica concordata hanno conseguenze dirette e prevedibili sul suo territorio o se queste vengono attuate o hanno origine in detto territorio; in secondo luogo se l’autorità è in grado di far cessare l’infrazione; infine, se questa è in grado, eventualmente coadiuvata anche dalle altre autorità, di raccogliere elementi di prova sufficienti per l’accertamento dell’infrazione. Il successivo punto 12, poi, prevede espressamente la possibilità di un’azione parallela da parte di una o più autorità nel caso in cui una sola di esse non sia in grado di far cessare l’infrazione o sanzionarla adeguatamente. La Commissione, invece, si ritiene idonea a trattare un caso quando vengono coinvolti più di tre Stati. La Comunicazione regola altresì i meccanismi di attribuzione dei casi, prevedendo che (punto 17), le autorità debbano informarsi reciprocamente dei vari casi trattati e che eventuali problemi di riattribuzione (punto 18) debbano essere risolti tempestivamente, in genere entro due mesi dalla data della prima informazione fornita alla rete. Il punto 19 stabilisce che le autorità che si occupano di un caso al termine del periodo previste per la riattribuzione, dovrebbero in genere continuare ad occuparsene fino al termine del procedimento. E. PAULIS – C. GAUER, *Le règlement n. 1/2003 et le principe du ne bis in idem*, in *Concurrences*, 2005, p. 33, pongono in evidenza come il fatto di parlare di mera idoneità di un’autorità garante a trattare un caso piuttosto che usare termini più pregnanti, è un chiaro indice della flessibilità del sistema, che non impone alcun obbligo preciso di competenze.

¹⁹⁸ Il punto 12 della Comunicazione cit., precisa che “*l’azione parallela di due o tre autorità nazionali garanti della concorrenza potrebbe rivelarsi adeguata qualora un accordo o una pratica producano effetti sensibili principalmente nei rispettivi territori e l’azione di un’unica autorità nazionale garante della concorrenza non sia sufficiente a far cessare l’infrazione nel suo complesso e/o sanzionarla adeguatamente*”. Il successivo punto 13 prevede che “*Le autorità che trattano un caso in parallelo devono coordinare per quanto possibile la loro attività. A tal fine esse possono trovare utile designare una di loro come autorità capofila e delegare ad essa compiti, quali, ad esempio, il coordinamento delle misure di indagine, mentre ciascuna autorità resta responsabile della conduzione dei propri procedimenti*”.

¹⁹⁹ Il diritto del Regno Unito, ad esempio, prevede che nella graduazione delle sanzioni si tenga conto di quelle eventualmente già inflitte da altre autorità. Nelle *Guidelines sull’enforcement*, pubblicate nel dicembre 2004 e reperibili sul sito www.oft.gov.uk, il punto

Un secondo profilo riguarda il rapporto tra il *ne bis in idem* ed il principio di territorialità²⁰⁰, il quale, come è noto, prevede la sussistenza della giurisdizione di uno Stato nel caso in cui la persona o il bene coinvolti vi siano ubicati oppure quando ivi si è verificato l'evento. Sulla base di questa teoria, parte della dottrina²⁰¹, ritenendo che un'Autorità nazionale non possa assumere come parametro di riferimento per la valutazione di un illecito antitrust gli effetti anche su altri territori e, conseguentemente, che la decisione non possa avere effetto al di fuori del proprio territorio, considera che un'azione parallela di diverse Autorità contro la medesima infrazione non si ponga in contrasto con il principio del *ne bis in idem*, mancando il requisito dell'identità del fatto. I diversi effetti sui distinti territori nazionali consentirebbero di escludere di trovarsi in presenza della medesima infrazione, in virtù dell'assenza dell'identità di tutti gli elementi che compongono la condotta. Secondo tale opinione, dunque, un'autorità potrebbe sanzionare una determinata infrazione prendendone in considerazione gli effetti anche in altri territori, solo in presenza di un espresso consenso delle altre autorità

5.30 prevede che “*in case concerning infringement of Article 81 and/or Article 82, the OFT may take into account the effects in another Member States in calculating the penalty to be imposed, provided the express consent of the relevant Member State or NCA, as appropriate, is given in each particular case*”. La Section 38(9) del *Competition act* del 1998 stabilisce che nel commisurare la sanzione si tenga conto di altre eventuali sanzioni inflitte in precedenza da altre autorità.

Il fatto che le Autorità nazionali applichino, ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 1/2003, che prevede il cd. “obbligo di applicazione concomitante”, unitamente alle loro norme antitrust, anche gli articoli 81 e 82 CE a comportamenti che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri implica che queste applichino le sanzioni previste dal loro diritto nazionale. Ciò potrebbe condurre ad un affievolimento dei diritti di difesa delle imprese oggetto di questi procedimenti, dovuto alla scarsa conoscenza dei sistemi antitrust del Paese che si sta occupando dell'asserita infrazione, in luogo della Commissione e della conseguente applicazione di tutte le garanzie previste dal diritto comunitario. Per espressa previsione legislativa contenuta nell'art. 3, par. 2, regolamento n. 1/2003, gli Stati sono liberi di poter prevedere sanzioni più rigorose per i comportamenti unilaterali; l'art. 5 prevede, inoltre, che le autorità nazionali possano anche “*comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale*”. Dette sanzioni, pertanto, potrebbero avere carattere penale e colpire le persone fisiche, probabilità questa esplicitamente ammessa negli stessi considerando del regolamento, nella misura in cui “*costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese*”.

²⁰⁰ La letteratura in materia è vastissima. Per ampi riferimenti cfr. P. PICONE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, pp. 81 e ss.; P. TORREMANS, *Extraterritorial Applications of E.C. and U.S. Competition Law*, in *European Law Review*, 2000, p. 99.

²⁰¹ C. GAUER, *Due Process in the Face of Divergent National Procedures and sanctions*, op. cit.; E. PAULIS – C. GAUER, *Le règlement n. 1/2003 e le principe du ne bis in idem*, op. cit., p. 33.

astrattamente coinvolte²⁰².

Tale impostazione e la sua premessa logica non paiono pienamente condivisibili.

Come correttamente evidenziato da altra dottrina²⁰³, infatti, i membri del *Network* dovrebbero cercare di designare una sola autorità per ogni caso, la quale dovrà trattarlo efficacemente anche in virtù dell'art. 10 CE²⁰⁴ e sanzionare le violazioni del diritto comunitario in modo proporzionato, efficace e dissuasivo. Ciò consentirebbe ad una determinata autorità di sanzionare un accordo tenendo in considerazione anche gli effetti che si producono in un altro territorio, sulla base del presupposto che se le autorità nazionali si limitassero a sanzionare gli effetti dell'accordo solamente sul proprio territorio, non sanzionerebbero in maniera dissuasiva la violazione delle norme antitrust comunitarie, che presuppongono, per la loro stessa applicazione, un'incidenza sul commercio tra Stati membri²⁰⁵. Tale ragionamento, secondo l'opinione sopra citata, risulterebbe corroborato anche dalla possibilità prevista dall'art. 13 del regolamento n. 1/2003 di sospendere o archiviare un caso già trattato da un'altra autorità. Detta norma implicherebbe in capo all'autorità cui è attribuito il caso tutti i poteri necessari per sanzionare efficacemente l'inosservanza degli articoli 81 e 82 CE²⁰⁶. Un'applicazione senza correttivi del principio di territorialità risulterebbe "*artificiale*"²⁰⁷ in quanto il regolamento ha creato un quadro giuridico per le azioni delle varie autorità che hanno il compito di applicare gli articoli 81 e 82 CE al fine di garantirne l'efficacia.

Sotto il profilo del *ne bis in idem* esecutivo, i giudici comunitari hanno

²⁰² La dottrina menzionata cita come esempio di applicazione pratica di questa impostazione, la prassi dell'OFT (autorità garante del Regno Unito), citata nella precedente nota n. 70.

²⁰³ L. PIGNATARO, *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 254 e ss., in particolare p. 264; W. P. J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 85.

²⁰⁴ Tale norma prevede l'obbligo di leale collaborazione degli Stati membri nell'attuazione del diritto comunitario. Cfr. sentenza della Corte del 21 settembre 1989, causa C-68/88, Commissione c. Repubblica Greca, in *Racc.* 1989, p. I-2965; sentenza della Corte del 18 ottobre 2001, causa C-354/99, Commissione c. Irlanda, in *Racc.* 2001, p. I-7657.

²⁰⁵ L. PIGNATARO, *op. cit.*, p. 264.

²⁰⁶ Detta impostazione pare risultare implicitamente accolta anche nella Comunicazione della Commissione sopra citata, in cui, al punto 12 in materia di azioni parallele di più autorità, viene espressamente stabilito che ognuna di esse tratterà il caso, "*ognuna per il proprio territorio*".

²⁰⁷ L. PIGNATARO, *op. cit.*, p. 265.

talora riconosciuto come la Commissione ne avesse dato concreta applicazione, decurtando dalla sanzione comminata quella già inflitta a livello nazionale²⁰⁸. Recentemente, l'opportunità di tenere in conto eventuali sanzioni già inflitte da altre autorità, è stata nuovamente ribadita nelle conclusioni rese nell'impugnazione relativa al cartello della lisina (causa *Archer Daniels Midland*), in cui è stata posta in evidenza l'identità del bene giuridico tutelato dalle norme comunitarie e nazionali in tema di concorrenza. Dopo aver sottolineato la stretta interdipendenza esistente tra i mercati nazionali e quello comunitario, l'Avvocato Generale²⁰⁹ ha nuovamente ribadito come le normative antitrust nazionali e comunitaria si differenziano per un aspetto "quantitativo", ossia per l'estensione territoriale, necessariamente più ristretta per le legislazioni nazionali. E' in tale contesto "*in cui i 'medesimi fatti avvenuti nel territorio comunitario' possono dar luogo a procedimenti paralleli dinanzi alle autorità nazionali e comunitarie, che la Corte ha enunciato che qualora 'la possibilità di un duplice procedimento dovesse implicare una doppia sanzione, un'esigenza generale di equità (...) implica che si tenga conto, nel determinare la sanzione, delle decisioni repressive anteriori'*"²¹⁰. L'enunciazione di detto principio dovrebbe condurre a ritenere che in caso di imposizione di pluralità di sanzioni, le varie autorità dovrebbero quanto meno tener conto di quelle previamente inflitte, se non astenersi del tutto dal procedere nuovamente per le medesime infrazioni, al fine di non violare il *ne bis in idem*²¹¹.

²⁰⁸ Decisione della Commissione 83/ 546/CEE del 17 ottobre 1983, IV/30.064, *Cilindri colati in ghisa e in acciaio*, in *GUCE*, L 317 del 15/11/1983, p.1 e ss., punto 71; decisione della Commissione, 89/515/CEE del 2 agosto 1989, IV/31.553 - *Rete metallica elettrosaldata*, in *GUCE* L 260 del 06/09/1989 p. 1 e ss., punti 205-206. Sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Tréfileurope Sales Sarl* c. Commissione, in *Racc.*, 1995, p. II-791, punti 191-194; sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, causa T-149/89, *Sotralentz SA* c. Commissione, *cit.*, punti 26-30.

²⁰⁹ Avvocato Generale Tizzano, conclusioni rese il 7 giugno 2005 nella causa C-397/03 *cit.*, *Archer Daniels Midland*, non ancora pubblicate in *Raccolta*.

²¹⁰ *Ibidem*, punto 106.

²¹¹ Un'ulteriore questione attiene al recupero, eventualmente coatto, delle sanzioni all'interno del *Network*. Detto recupero potrebbe avvenire ai sensi della Decisione Quadro del Consiglio del 24 febbraio 2005, n. 2005/21/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie (in *GU* L 76 del 22 marzo 2005, p. 16). Detta decisione prevede un sistema facilitato per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni che impongono il pagamento di una somma di denaro. Tra i motivi di diniego di riconoscimento ed esecuzione di una sanzione viene espressamente menzionata la presenza di una previa decisione "*per gli stessi fatti nei confronti della stessa persona*" (art. 7 par. 4).

5. Ne bis in idem in relazione a sanzioni comunitarie e di Paesi terzi

Il terzo ambito di applicazione del *ne bis in idem* riguarda la possibilità di pluralità di procedimenti instaurati, da un lato, da una o più autorità straniere estranee al sistema comunitario e, dall'altro, dalla Commissione, con la conseguente comminazione di sanzioni multiple. L'esercizio della giurisdizione in relazione ad una medesima condotta anticoncorrenziale da parte di autorità appartenenti ad ordinamenti diversi discende dall'ormai generalizzato accoglimento in materia della teoria degli effetti o della territorialità oggettiva²¹². In base a questa teoria, come è noto, ai fini dell'esercizio della giurisdizione, non assumono rilievo decisivo né la nazionalità delle imprese coinvolte, né il luogo in cui viene posto in essere il comportamento anticoncorrenziale, bensì il luogo in cui detto comportamento esplica i propri effetti.

L'accoglimento di tale teoria all'interno dell'ordinamento comunitario ha avuto numerosi riconoscimenti. Nel caso *Materie coloranti* del 24 luglio 1969²¹³ la Commissione fece leva, ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza comunitario, al criterio dell'effetto, in base al quale assumono rilevanza la localizzazione o l'ubicazione degli effetti dell'intesa e non il luogo in cui è stabilito l'autore o il luogo in cui la pratica o l'intesa vengono costituite²¹⁴. Tale interpretazione pare essere stata accolta, in maniera sempre più esplicita anche dalla Corte di Giustizia²¹⁵, secondo la quale l'ubicazione di un'impresa in un Paese terzo non impedisce che un eventuale comportamento anticoncorrenziale possa produrre effetti nel mercato comune, affermazione poi ribadita nella sentenza *Pasta di legno*²¹⁶. In tale ultima pronuncia, la Corte

²¹² Per ampi riferimenti in proposito, cfr. P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 99 e bibliografia ivi citata; P. PICONE, *op. cit.*, p. 8.

²¹³ Decisione della Commissione IV/26267, in *GU L* 195 del 7 agosto 1969, p. 11.

²¹⁴ B. NASCIMBENE, *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, 2, 309.

²¹⁵ Sentenza della Corte del 25 novembre 1971, *Béguelin Import c. G.L. Import Export*, causa 22/71, in *Racc.*, 1971, p. 958.

²¹⁶ Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Imprese produttrici di "paste di legno" c. Commissione*, cause riunite 89/85, 104/85, 114/85, 125/85-129/85, in *Racc.*, p. 5193. Di notevole rilevanza sono anche le conclusioni dell'Avvocato Generale *Darmon*, rese nel medesimo caso, in *Racc.*, 1988, p. 5214.

di giustizia ha affrontato il problema dell'extraterritorialità aderendo, seppur in maniera implicita attraverso un riferimento al principio di territorialità in quanto “*universalmente accolto nel diritto internazionale pubblico*”²¹⁷, alla teoria degli effetti. Ciò sulla base del presupposto che l'infrazione dell'art. 81 CE avvenga in due fasi: la formazione dell'intesa e successivamente la sua messa in pratica.

Subordinare, pertanto, l'applicazione del diritto della concorrenza al luogo di formazione dell'intesa significherebbe alimentare gli abusi e fenomeni di *forum shopping*, posto che per un'impresa sarebbe sufficiente concludere l'intesa in un Paese di uno Stato terzo con una legislazione particolarmente permissiva, per essere immune all'applicazione del diritto comunitario. Ad avviso della Corte ciò “*che conta è quindi il luogo in cui l'intesa viene posta in essere*”²¹⁸.

Alla luce degli accordi internazionali vigenti in materia²¹⁹, che non vanno oltre la semplice affermazione del principio della *comitas* positiva e negativa, ed anzi espressamente configurano la possibilità di azioni parallele, è inevitabile che possano sorgere situazioni in cui una impresa si veda comminare sanzioni per il “medesimo fatto” che ha avuto ripercussioni su mercati di Paesi distinti.

Il profilo della pluralità di sanzioni, per un medesimo fatto, inflitte da Autorità di Paesi terzi e dalla Commissione è stato affrontato per la prima volta nella sentenza *Boehringer*²²⁰, in cui una società si era vista dapprima

²¹⁷ Sent. *Pasta di legno cit.*, punto 18; nello stesso senso, in materia di concentrazioni, sentenza Tribunale prima istanza del 25 marzo 1999, *Gencor Ltd c. Commissione*, causa T-102/96, in *Racc.*, 1999, p. II-753.

²¹⁸ Punto 16 sent. *Pasta di legno cit.*. La Corte ha, inoltre, passato in rassegna anche altri argomenti fatti valere dalle parti ricorrenti, ossia il principio del non intervento e quello della *comitas gentium*, e pur non entrando nel merito della vigenza o meno nel diritto internazionale dei suddetti principi, ne ha stabilito la loro irrilevanza nel caso di specie, evidenziando come le autorità statunitensi, coinvolte nel caso, non avessero sollevato obiezione alcuna circa un supposto conflitto di competenza.

²¹⁹ Si veda l'Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza- Scambio di lettere interpretative con il Governo degli Stati Uniti d'America, in *G.U.* L 95 del 27 aprile 1995; Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della “*comitas gentium*” attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza, in *G.U.* L 173 del 18.6.1998; Accordo tra le Comunità europee ed il Governo del Canada in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza – Dichiarazione della Commissione – Scambio di lettere, in *G.U.* L 175 del 10.07.1999.

²²⁰ Sentenza della Corte del 14 dicembre 1972, *Boehringer Mannheim GmbH c. Commissione*, causa 7/72, in *Racc.*, p. 12821.

comminare sanzioni da parte della Commissione per comportamenti integranti violazioni dell'art. 81 CE, e successivamente altre sanzioni, per il medesimo insieme di accordi, da una *District Court* di New York. La Corte di Giustizia, richiesta dalla società di riformare la decisione della Commissione e di tenere conseguentemente in debita considerazione nel calcolare l'ammontare dell'ammenda quella successiva inflitta dall'autorità americana, ha ribadito che nella commisurazione della sanzione la Commissione deve tenere conto di quelle già inflitte da altre autorità solo nel caso in cui queste appartengano ad uno Stato membro e per fatti avvenuti nel territorio comunitario, mentre "*la questione, poi, del se la Commissione debba tenere conto delle sanzioni irrogate da autorità di uno Stato terzo va risolta qualora gli addebiti siano identici nei due casi*"²²¹. Esaminando il caso di specie, la Corte non ha ritenuto che i comportamenti sanzionati fossero "identici", nonostante traessero origine dallo stesso complesso di accordi, in quanto questi avevano avuto "*oggetto ed ambito di applicazione essenzialmente diversi*"²²². In quell'occasione si è altresì statuito che l'onere di provare l'identità del fatto incombeva in ogni caso all'impresa ricorrente, onere che nel caso di specie non è stato ritenuto assolto.

Il problema della comminazione di più sanzioni da parte della Commissione ed autorità straniere è stato affrontato a più riprese dai giudici comunitari in relazione a taluni cartelli mondiali, che hanno visto coinvolte diverse autorità preposte a tutela della concorrenza di differenti Paesi. Le censure delle imprese coinvolte hanno riguardato sia il mancato rispetto del principio del *ne bis in idem*, sia quello dello principio di equità.

Nel cartello della lisina, le imprese coinvolte hanno censurato il comportamento della Commissione che non aveva tenuto conto delle sanzioni già inflitte dalle autorità americane e canadesi. Il Tribunale²²³, partendo dal presupposto che nei rapporti tra autorità nazionali e comunitarie era possibile sottoporre un'impresa ad un procedimento parallelo ed a una duplicità di sanzioni in virtù della diversità dei fini perseguiti²²⁴, ha tratto la conseguenza

²²¹ Sent. *Boehringer cit.*, punto 3.

²²² *Ibidem*, punto 4.

²²³ Sentenza del Tribunale di primo grado del 9 luglio 2003, *Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd.*, c. Commissione, causa T-223/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2553; sentenza del Tribunale di primo grado del 9 luglio 2003, *Archer Daniels Midland Company* e *Archer Daniels Midland Ingredients Ltd.* c. Commissione, causa T-224/00, in *Racc.*, p. II- 2259.

²²⁴ Sent. *Archer Daniels Midland cit.*, punto 100.

che, a maggior ragione, finalità diverse erano presenti nelle legislazioni di Paesi terzi²²⁵.

Con riferimento al principio di equità, le imprese osservavano che, prescindendo dalla vigenza o meno del principio del *ne bis in idem*, era comunque opportuno tenere conto delle sanzioni già inflitte, in particolare decurtando dal fatturato globale preso in considerazione dalla Commissione per la comminazione dell'ammenda quello relativo al mercato americano, poiché i comportamenti illeciti parevano differenziarsi solamente in ragione della diversa localizzazione geografica dei loro effetti. Il Tribunale ha però ribadito come ancora non fosse stata risolta la questione relativa ad un supposto obbligo di tenere in considerazione sanzioni già irrogate per i medesimi fatti. In ogni caso, questione preliminare sarebbe stata quella di trovarsi in una situazione in cui vi era identità dei fatti, prova non ritenuta fornita nel caso di specie dalle ricorrenti.

Le imprese sottolineavano altresì come nei loro confronti non si ponesse nemmeno la questione dell'effetto dissuasivo dell'ammenda poiché erano già state sanzionate in altri Paesi. Il Tribunale ha però respinto²²⁶ anche tale censura rilevando come il carattere dissuasivo di un'ammenda non poteva derivare dalla situazione particolare di un'impresa che aveva già subito condanne in altre Paesi poiché la dissuasione rientrava nei compiti della Commissione al fine di vigilare sul rispetto della concorrenza. I giudici del Lussemburgo hanno, infine, rilevato che in ogni caso non era stata fornita la prova del fatto che le autorità straniere avevano tenuto conto degli effetti anche sul territorio comunitario, elemento questo che, se da un lato avrebbe potuto consentire astrattamente una eventuale decurtazione della sanzione già inflitte, dall'altro lato avrebbe comportato uno sconfinamento nelle competenze della Commissione²²⁷.

²²⁵ Il Tribunale nella sent. *Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd cit.*, ha aggiunto anche che (punto 103) “(...) non esiste, attualmente, nessun principio di diritto pubblico internazionale che vieti ad autorità o a giudici di Stati diversi di perseguire e di condannare una persona per gli stessi fatti. Un tale divieto potrebbe pertanto risultare, a tutt'oggi, soltanto da una cooperazione internazionale molto stretta che sfoci nell'adozione di disposizioni comuni come quelle che figurano nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (...) A tale proposito, le ricorrenti non hanno eccepito l'esistenza di una convenzione che vincoli la Comunità e Stati terzi quali gli Stati Uniti e che preveda un tale divieto”.

²²⁶ Sent. *Archer Daniels cit.*, punto 110.

²²⁷ *Ibidem*, punto 100.

L'esito dell'impugnazione del caso *Archer Daniels Midland*²²⁸ dinanzi alla Corte di giustizia ha sostanzialmente confermato tale impostazione. Nel giudizio di fronte a tale organo, l'impresa aveva evidenziato che, al fine di tener conto di sanzioni già inflitte in Paesi terzi, era sufficiente accertare solo l'identità dei fatti e non anche la circostanza che la ammenda inflitta fosse stata comminata tenendo in considerazione gli effetti anche su altri territori²²⁹. La Corte ha, per contro, negato la possibilità di decurtare sanzioni già inflitte da autorità straniera, data l'assenza di strumenti convenzionali *ad hoc*. Ad avviso dei giudici comunitari, poi, non risultava provata l'identità dei fatti, poiché le autorità straniere avevano sanzionato l'intesa solo con riferimento agli effetti sul loro territorio. Tale elemento di differenziazione consentiva dunque di inferire che non si trattava degli stessi fatti.

Il tema della cumulabilità di sanzioni comminate da più autorità è stato affrontato anche nel caso dell'intesa relativa agli elettrodi di grafite²³⁰, in cui le

²²⁸ Sentenza della Corte del 18 maggio 2006, *Archer Daniels Midland Co. c. Commissione*, causa C- 397/03P, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²²⁹ Sentenza della Corte *Archer Daniels Midland*, causa C-397/03P *cit.*, punto 41. Nelle conclusioni presentate il 7 giugno 2005, causa C-397/03P, non ancora pubblicate in *Raccolta*, l'Avvocato Generale Tizzano, in merito alle differenze dei beni giuridici tutelati ha affermato (punto 103) che “quando la Commissione sanziona un comportamento illecito che può, come nel caso di specie, avere un'unica ‘strategia internazionale’, essa mira a salvaguardare un ‘bene giuridico’ specifico, la libera concorrenza nel mercato comune, e quindi, distinto da quello tutelato da Autorità di Paesi terzi. La specificità del bene giuridico tutelato non si riflette solo nei principi e nelle regole che caratterizzano il diritto comunitario della concorrenza, ma anche nelle valutazioni operate dalla Commissione. Valutazioni che consistono nell'accertare volta per volta gli effetti di presunti comportamenti anticoncorrenziali sulla specifica struttura economica rappresentata dal mercato comune, e che possono quindi notevolmente divergere da quelle eventualmente svolte da autorità straniere”. L'Avvocato Generale ha altresì evidenziato (punto 110) come in ipotesi di mercati del prodotto completamente integrati sul mercato internazionale, con condizioni di concorrenza perfetta ed omogenea, ragioni di equità avrebbero potuto condurre a tenere in conto sanzioni già inflitte. Tale però non risultava il caso di specie, poiché la Commissione, nella decisione impugnata, si era riferita unicamente al mercato della lisina nel SEE ed ha sanzionato solo tale parte dell'infrazione, pur se essa si inseriva in un contesto più ampio.

²³⁰ Sentenza del Tribunale del 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd.*, e a. c. Commissione, in *Racc.* 2004, p. II-1181. Anche in questo caso, l'impostazione seguita in precedenza è stata sostanzialmente confermata ed è stata negata la possibilità di tenere in conto sanzioni già inflitte anche sulla base dei principi di equità e proporzionalità, poiché non risultava sufficientemente provato che le autorità straniere avessero sanzionato l'intesa anche per i suoi effetti sul territorio comunitario. I giudici hanno constatato la mancanza di prove volte a suffragare l'identità dei fatti contestati dalla diverse autorità ed il fatto che esse avessero sanzionato l'intesa per i suoi effetti anche al di fuori dei loro territori, nonostante le autorità americane avessero condannato le società ricorrenti per un cartello volto a fissare produzioni e prezzi negli “*Stati Uniti e altrove*” (sent. *Tokai Carbon cit.*, punto 145). Le imprese hanno anche sottolineato che per evitare tale situazione di pluralità di sanzioni, la commissione avrebbe dovuto comminare la

società coinvolte nell'illecito erano state condannate dalle autorità (penali) degli Stati Uniti e del Canada ed erano state altresì oggetto di varie pronunce di condanna al risarcimento del danno (cd. *triple damages*). Tuttavia, nel corso dell'impugnazione, le imprese hanno fatto valere censure che sono andate al di là della mera allegazione di una supposta violazione del principio del *ne bis in idem* e che hanno investito la violazione di principi più generali, quali la proporzionalità, l'equità e la finalità dissuasiva degli strumenti sanzionatori. In un caso²³¹, l'impresa coinvolta ha sottolineato come la Commissione avrebbe dovuto tener conto delle sanzioni inflitte da autorità di Paesi terzi, sulla base del principio di proporzionalità ed in base ad una “interpretazione più ampia” del *ne bis in idem* che avrebbe imposto l'obbligo di tenere conto delle sanzioni già inflitte all'estero²³². Ad avviso della ricorrente, le tre condizioni richieste ai fini dell'applicabilità di tali principi si sarebbero verificate nel caso di specie, poiché vi era identità soggettiva, di condotta e di bene giuridico tutelato. In particolare, l'identità del bene giuridico consisteva nella tutela della libera concorrenza²³³. Il principio di territorialità non sarebbe stato pertinente rispetto alla questione della sussistenza dell'identità del bene giuridico, ma avrebbe assunto rilievo unicamente quale criterio di competenza della Commissione a perseguire le infrazioni antitrust²³⁴. La Corte non ha accettato tale impostazione sulla base del rilievo che le valutazioni di ogni autorità potevano divergere notevolmente²³⁵. Ciò tuttavia non poteva escludere che la Commissione, nel contesto del suo potere discrezionale, potesse tenere conto

sanzione sulla base del fatturato relativo al territorio europeo e non mondiale, in quanto quest'ultimo ricomprendeva anche il fatturato sul territorio americano e canadese, già oggetto di sanzione (sent. *Tokai Carbon cit.*, punto 135).

²³¹ Sentenza della Corte del 29 giugno 2006, *SGL Carbon AG c. Commissione*, causa C-308/04P, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²³² Cfr. sul punto conclusioni dell'Avvocato Generale *Geelhoed*, presentate il 19 gennaio 2006, causa C-308/04P, *SGL Carbon AG c. Commissione*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 40.

²³³ *Ibidem*, punto 42.

²³⁴ *Ibidem*. In proposito, l'Avvocato Generale *Geelhoed* ha anche rilevato come solo nel caso di duplicità di sanzioni inflitte da autorità di Stati membri e Commissione era possibile considerare la “sovrapposizione territoriale” dell'infrazione, in quanto essa comunque avveniva nel territorio comunitario (punto 50). Tale circostanza non si verificava nei rapporti con i Paesi terzi, data la loro distinzione sotto il profilo territoriale e l'utilizzo di parametri giuridici distinti per la valutazione di un dato comportamento sul mercato. La tesi sostenuta dalla ricorrente avrebbe comportato la perdita della nozione “di territorialità inerente al diritto pubblico dell'economica” (punto 52) ed avrebbe implicato l'uguaglianza in tutto il mondo delle normative che disciplinano il comportamento sul mercato delle imprese.

²³⁵ Sentenza della Corte *SGL Carbon*, causa C-308/04P, *cit.*, punto 31.

di sanzioni già inflitte, senza che però fosse configurabile un obbligo in tal senso²³⁶.

In un altro caso²³⁷, le censure dell'impresa coinvolta hanno investito anche il cd. "coefficiente moltiplicatore di dissuasione" applicatole. Con tale locuzione si intende l'aggiustamento verso l'alto dell'importo di base di un'ammenda che la Commissione applica a determinate imprese in relazione alle dimensioni globali delle stesse²³⁸, ossia al loro fatturato globale. Secondo l'impresa, tale procedimento era errato nella misura in cui il fattore di dissuasione rapportato al fatturato globale non teneva conto del fatto che essa aveva già ricevuto ammende in Paesi terzi. Un'applicazione corretta di detto fattore avrebbe dovuto comportare la presa in considerazione delle sanzioni già inflitte, in quanto *"la dissuasione dipende dal costo totale della condotta illecita, che comprende non solo le ammende inflitte in ambito SEE, ma anche quelle applicate altrove"*²³⁹. Trascurando questi elementi, l'ammenda si sarebbe basata su di un calcolo doppio e sarebbe stata sproporzionata rispetto all'asserito effetto dissuasivo.

La Corte ha rilevato come l'esercizio dei poteri conferiti alle autorità della concorrenza di vari Stati, nel contesto della loro competenza territoriale, rispondeva ad esigenze proprie di ciascuno Stato con conseguenze giuridiche differenziate²⁴⁰. Invece, nel caso di una intesa sanzionata da un'autorità di uno Stato membro e dalla Commissione si sarebbe comunque rimasti nell'ambito *"della sfera di applicazione territoriale dell'ordinamento giuridico della Comunità europea"*²⁴¹, in cui il compito della Commissione consisteva nella tutela della *"la libera concorrenza all'interno del mercato comune che costituisce, ai sensi dell'art. 3 n. 1 lett. g) del Trattato CE, un obiettivo fondamentale della Comunità"*²⁴². In relazione alla specificità del bene

²³⁶ *Ibidem*, punto 37.

²³⁷ Sentenza della Corte del 29 giugno 2006, *Showa Denko KK* c. Commissione, causa C-298/04P, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²³⁸ Nel caso di specie, la Commissione aveva proceduto alla divisione delle imprese in gruppi a seconda del fatturato mondiale del prodotto interessato dall'infrazione di ciascuna impresa, al fine di *"tenere conto del peso specifico e quindi della reale incidenza del comportamento costituente infrazione, considerata la notevole disparità di dimensioni tra le imprese"* (conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed presentate il 19 gennaio 2006, nella causa C-289/04 P, *Showa Denko KK*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 25).

²³⁹ Conclusioni *cit.*, punto 71.

²⁴⁰ Sentenza della Corte *Showa Denko KK*, *cit.*, punto 53.

²⁴¹ *Ibidem*, punto 54.

²⁴² *Ibidem*, punto 55.

giuridico tutelato a livello comunitario, dunque, le valutazioni della Commissione avrebbero potuto divergere considerevolmente da quelle effettuate dalle autorità di Stati terzi²⁴³. La Corte ha poi concluso affermando come la dissuasione rientrava nei fini legittimamente perseguiti dalla Commissione, senza alcun obbligo per la stessa di tenere conto di sanzioni già inflitte da Stati terzi²⁴⁴.

6. Considerazioni conclusive

Dalle considerazioni sopra svolte emerge come il vero problema di procedimenti e sanzioni plurime riguardi essenzialmente i rapporti tra l'ordinamento comunitario e quelli di Stati terzi. Esso viene risolto negando

²⁴³ *Ibidem*. Cfr. T. EILMANBERGER – P. THYRI, *Third Country Antitrust Sanctions and EC Law – Comments on the Advocate General's Opinion in C-308/04P SGL Carbon v. Commission*, in *ECLR* 2006, p. 397, in cui gli A. hanno sottolineato come fin dal caso *Walt Wilhelm* la Corte abbia riconosciuto l'obbligo di tenere in considerazione sanzioni già inflitte. Secondo questa impostazione, tale obbligo troverebbe giustificazione non tanto sul piano del divieto di *bis in idem*, quanto sul piano del rispetto del principio di proporzionalità.

²⁴⁴ La stessa impostazione è stata seguita anche nel caso relativo al cartello mondiale di prodotti a base di carbone e grafite (sentenza del 15 giugno 2005, cause T-71/03, 74/03, 87/03 e 91/03, *Tokai Carbon* e a. c. Commissione, non ancora pubblicata in *Raccolta*) che coinvolgeva le stesse società parti anche del cartello sugli elettrodi di grafite. Il Tribunale ha, infatti, nuovamente escluso l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* sulla base del rilievo che anche se i fatti da cui traevano origine le infrazioni facevano parte del medesimo complesso di accordi, le stesse differivano per il loro oggetto e la loro estensione territoriale. I giudici, basandosi sul principio di territorialità, hanno pertanto escluso di trovarsi in presenza di un conflitto di competenze tra autorità comunitarie ed americane. Tale conclusione, non sarebbe stata nemmeno inficiata dalla presenza dell'accordo sulla *comitas*, in quanto dal tenore letterale dello stesso emergeva come gli interessi delle autorità coinvolte fossero differenti e come poteva essere consentito che un'autorità traesse vantaggio dalla procedura già iniziata dall'altra, disinteressandosi del principio del *ne bis in idem*. Nel caso relativo all'acido citrico (sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, *Archer Daniels Midland Co. c. Commissione*, causa T-59/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*) una delle imprese coinvolte ha evidenziato come le autorità straniere avessero preso in considerazione gli effetti anche su altri territori e che, in ogni caso, doveva dirsi sussistente l'identità dei comportamenti, elemento questo che ai sensi della giurisprudenza *Boehringer* avrebbe dovuto essere l'unico rilevante ai fini della decurtazione delle sanzioni già inflitte. Il Tribunale ha però nuovamente negato la possibilità di tenere conto di sanzioni già inflitte, poiché ogni autorità sanziona i fatti avvenuti sul proprio territorio. Nell'altro caso relativo alla medesima intesa (sentenza della Corte del 27 settembre 2006, *Jungbunzlauer AG c. Commissione*, causa T-43/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*) il Tribunale ha rilevato che se le autorità straniere avessero tenuto conto degli effetti dell'illecito anche sul territorio comunitario, avrebbero sconfinato nella competenza riservata alla Commissione. Cfr. anche intesa relativa al gluconato di sodio sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, *Archer Daniels Midland Co. c. Commissione*, causa T-329/01, non ancora pubblicata in *Raccolta*; sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, *Roquette Frères SA c. Commissione*, causa T-322/01, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

che sussista un qualsivoglia obbligo non solo di non procedere in virtù del *ne bis in idem*, ma anche di decurtare le sanzioni già inflitte. I giudici comunitari fanno leva sulla diversità del bene giuridico tutelato dalle norme antitrust dei differenti Paesi, per ammettere la possibilità di più procedimenti contro il medesimo comportamento anticoncorrenziale. Come si è sopra visto, i giudici interpretano però tale differenza sulla base dei distinti effetti dell'illecito sui vari territori. La differente estensione territoriale dell'intesa ed i suoi effetti su di un determinato territorio, rivestono quindi una duplice valenza: la prima, ben nota, di criterio di determinazione della competenza; la seconda, di definizione del bene giuridico tutelato dalle norme di concorrenza.

Alla luce di questa soluzione che appare ormai consolidata nella giurisprudenza, meriterebbe riflettere ulteriormente sulla possibilità di decurtare le sanzioni già inflitte, non già sulla base di un inesistente principio del *ne bis in idem*, quanto piuttosto sulla base di principi più generali, quali l'equità e la proporzionalità. Tale problema sorgeva nel momento in cui la Commissione considerava il fatturato mondiale del mercato rilevante per la commisurazione dell'importo di base per poi applicare un eventuale coefficiente moltiplicatore a fini di dissuasione in rapporto al fatturato globale dell'impresa coinvolta²⁴⁵. Le imprese sono sempre state indotte a censurare tale operato in quanto la considerazione del fatturato mondiale, sia esso globale sia esso relativo al prodotto oggetto dell'infrazione, significava introdurre nel computo del *quantum* della sanzione elementi già oggetto di sanzioni in altri Paesi. Tale argomento potrà trovare forse una parziale soluzione con le novità nelle modalità di calcolo introdotte dalla recente pubblicazione dei nuovi "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lett. a) del regolamento (CE) n. 1/2003"²⁴⁶. Per il caso di infrazioni la cui estensione territoriale vada oltre il

²⁴⁵ Come noto, il fatturato globale è ritenuto un utile indicatore "*dell'effettiva capacità economica degli autori dell'infrazione di arrecare un danno consistente agli operatori e della necessità di assicurare all'ammenda un carattere sufficientemente dissuasivo*" (cfr. sentenza del 7 giugno 1983, cause riunite 100-103/80, *Musique Diffusion française* e a. c. Commissione, in *Racc.*, 1983, p. 1825, punto 119). Il fatturato del prodotto rilevante, invece, viene considerato quale indicatore volte a determinare il peso specifico e pertanto dell'impatto reale sulla concorrenza del comportamento preso in considerazione dalla decisione, oltre che ai fini del rispetto del principio di proporzionalità, in quanto le diverse imprese partecipanti all'infrazione possono avere un peso notevolmente differente

²⁴⁶ In *GU* C 210 del 1.9.2006, p. 2 e ss., che hanno sostituito i precedenti Orientamenti del 1998.

territorio comunitario, detti Orientamenti prevedono che la Commissione possa stimare il valore totale delle vendite relative al prodotto oggetto dell'infrazione nell'area geografica interessata, determinare la quota delle vendite di ciascuna impresa su tale mercato e “*applicare tale quota alle vendite aggregate realizzate*” nel territorio comunitario²⁴⁷. La determinazione della quota all'interno del territorio comunitario quale base di partenza, in luogo di quella mondiale, potrebbe condurre a risultati più equi, poiché in questo modo non si tiene conto di quella parte di fatturato che si è prodotta al di fuori della Comunità e che in ipotesi può già essere stata sanzionata²⁴⁸.

²⁴⁷ Orientamenti *cit.*, punto 18.

²⁴⁸ Sotto il profilo dell'analisi economica del diritto (cfr. G.J. STIGLER, *The Optimum Enforcement of Laws*, in *Journal of Political and Economy*, 1970, p. 526; M. POLO, *Il modello di deterrenza ottimale*, in *Antitrust: le sanzioni*, a cura di A. TOFFOLETTO e L. TOFFOLETTI, Milano, 1996, p. 74) il *bis in idem* crea problemi anche dal punto di vista della deterrenza marginale, in quanto se una sanzione viene percepita come eccessivamente severa, ciò può spingere gli individui a scegliere e conseguentemente compiere azioni più dannose per la società. La deterrenza marginale si realizza, infatti, solo nella misura in cui ad azioni dannose vengono associate sanzioni più elevate. Con la comminazione di sanzioni da parte di diverse autorità, gli individui che intendono compiere violazioni del diritto antitrust potrebbero essere indotti a commettere infrazioni più gravi, in modo che il beneficio sia comunque superiore al costo, ossia alla sanzione attesa.

CAPITOLO 3

RESPONSABILITA' PERSONALE E SANZIONI ANTITRUST COMUNITARIE

Sommario: 1. Premessa; 2. Soggetti attivi degli illeciti antitrust; 3. Gruppi di società; 4. Imputabilità degli illeciti concorrenziali a gruppi di imprese; 5. Imputabilità degli illeciti ai successori; 6. Imputabilità degli illeciti ai dipendenti; 7. Principio di responsabilità personale e pratica del *grouping*; 8. Superamento del limite del 10% del fatturato nei calcoli intermedi e principio di responsabilità della pena; 9. Circostanze aggravanti ed attenuanti: premesse; 10. Contenuto degli Orientamenti; 11. Recidiva; 12. Rifiuto di qualsivoglia cooperazione o tentativi di ostruzionismo durante l'inchiesta; 13. Ruolo di leader o istigatore; 14. Misure di ritorsione; 15. Necessità di tenere conto degli utili illeciti realizzati grazie all'infrazione; 16. Altre circostanze aggravanti; 17. Ruolo esclusivamente passivo o emulativo; 18. Non applicazione della pratica abusiva; 19. Dubbio ragionevole circa il carattere di infrazione del comportamento; 20. Collaborazione effettiva al di fuori dell'ambito di applicazione della Comunicazione sulla non imposizione di ammende; 21. Prova di aver posto fine alle attività illecite immediatamente dopo i primi interventi della Commissione; 22. Altre circostanze attenuanti.

1. Premessa

Ai sensi dell'art. 23 del reg. 1/2003, paragrafo 2, la Commissione può infliggere sanzioni alle imprese ed alle associazioni di imprese che intenzionalmente o per negligenza infrangano i divieti contenuti negli articoli 81 e 82 CE. Ai fini della configurabilità degli illeciti antitrust viene, pertanto, richiesto che alla condotta illecita si accompagni la presenza di un elemento soggettivo, che consenta di rendere ascrivibile ed imputabile un comportamento ad un determinato soggetto, in ossequio al brocardo *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

Detto principio è stato ritenuto pacificamente applicabile alle ammende inflitte in conformità al Trattato, nonostante la loro controversa natura²⁴⁹, in quanto principio generale di diritto comunitario²⁵⁰.

²⁴⁹ Cfr. *infra* cap. 1.

²⁵⁰ Conclusioni Avvocato Generale Slynn rese nella causa *Estel NV c. Commissione*, causa 270/82, in *Racc.*, 1984, p. 1225 e ss., in cui si è affermato che “*nelle conclusioni presentate*

Il legislatore comunitario ha inteso dare rilevanza al principio penalistico della “responsabilità personale”, che racchiude dentro di sé i due concetti di responsabilità per “fatto proprio” e per “fatto colpevole”. L’attribuibilità di un’infrazione del diritto della concorrenza presuppone, quindi, non solo l’elemento oggettivo costituito dalla condotta legislativamente qualificata come illecita, ma altresì un elemento soggettivo, un criterio di imputabilità, costituito dalla sussistenza di un nesso psicologico tra la condotta e l’agente di cui si dirà nel prossimo capitolo. In linea teorica, risulterebbero escluse nell’ambito del diritto della concorrenza, o comunque dall’ambito di punibilità in base a dette norme, forme di responsabilità oggettiva, basate unicamente sul nesso causale tra la condotta e l’evento. Ciò in quanto, tali forme di responsabilità prescindono dal rispetto di criteri di imputazione soggettiva e di volizione, che parrebbe invece richiesti dalle norme comunitarie.

I principi sopra menzionati sono il frutto delle elaborazioni concettuali della dottrina e della giurisprudenza con precipuo riferimento alla responsabilità penale delle persone fisiche. Necessitano pertanto di opportuni adeguamenti in relazione al tema di cui si tratta, in quanto, come già esposto nel precedente capitolo 1, la definizione della natura delle sanzioni antitrust risulta ‘controversa’. Le norme antitrust, inoltre, hanno come naturali destinatari le imprese, ossia entità collettive.

Le considerazioni relative alla responsabilità “personale” e “colpevole” delle persone fisiche risultano, non di meno, parzialmente trasponibili anche con riferimento alle persone giuridiche. Fino all’epoca recente, in taluni ordinamenti²⁵¹, era presente l’idea che non fosse configurabile alcun tipo di responsabilità amministrativa o penale in capo alle persone giuridiche, in ossequio all’antico brocardo *societas delinquere non potest*²⁵². La principale

nella causa 188/82 Thyssen/Commissione (...) l’avvocato generale P. VerLoren van Themaat ha detto che la massima ‘nulla poena sine culpa’ si applica alle ammende inflitte in conformità al trattato. Ne convengo. Il principio è, a mio parere, sufficientemente consolidato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri per far parte integrante dei principi di diritto comunitario”.

²⁵¹ Come ad esempio quello italiano. In altri, come ad esempio gli USA, erano previste forme di responsabilità delle persone giuridiche. In materia si veda V.S KHANNA, *Corporate Criminal Liability: What pur pose does it serve?*, in *Harvard Law Review*, 1996, p. 1477 e ss..

²⁵² F. STELLA, *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, 1995, p. 1254 e ss.; DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, 1995, p. 68 e ss.; F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in

obiezione a detta responsabilità riguardava il fatto che la “responsabilità penale si basa su un complesso di requisiti fisico-psichici che non potrebbero essere riferiti alle persone giuridiche”²⁵³, come la capacità di intendere e di volere, le cause di esclusione della colpevolezza ed altri elementi precipuamente volitivi.

L’insorgenza di gravi fenomeni di criminalità globale, soprattutto in materia di corruzione, frode e reati ambientali, ha spinto numerose organizzazioni internazionali²⁵⁴ ad emanare raccomandazioni e strumenti giuridici vincolanti, al fine di imporre ai vari Stati membri di adottare legislazioni adeguate a combattere tali fenomeni. Ciò ha condotto anche gli ordinamenti più restii, ad un parziale superamento del principio citato, in quanto si è avuta la consapevolezza, non solo che *societas delinquere potest*, ma anche che l’immunità concessa da taluni ordinamenti ad illeciti societari conduceva all’aumento di abusi²⁵⁵.

Per quanto riguarda gli illeciti antitrust, parte della dottrina²⁵⁶ ha rilevato come la responsabilità diretta dell’ente si giustifica in forza dei riflessi economici che la violazione ha prodotto in suo favore e dei difetti strutturali dell’organizzazione in ragione dei quali l’illecito si è potuto realizzare. Tali difetti vengono comunemente intesi come la mancanza di controllo sui soggetti che rivestono posizioni apicali e che hanno dunque avuto i poteri per porre in essere la violazione. Un’organizzazione inadeguata o una insufficiente moralizzazione della persona giuridica, che non rispetta i valori sociali e

Riv. it., 1980, p. 959; G. PECORELLA, *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, p. 365.

²⁵³ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Torino, 1999, p. 120.

²⁵⁴ Si vedano, la Raccomandazione N.R. (88) del comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, in *La responsabilità delle imprese con personalità giuridica per le offese connesse nell’esercizio della loro attività (Raccomandazione N.R. (88) 18 del comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa*, traduzione a cura di MILITELLO, in *Riv. trim. dir. pen. dell’economia*, 1991, p. 653; Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26 luglio 1995, in *GUCE* C 316 del 27.11.1995, p. 49; Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995 relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità, in *GUCE* L 312 del 23.12.1995; Convenzione OCSE del 17 ottobre 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali firmata a Parigi il 17 dicembre 1997.

²⁵⁵ Cfr. M. FARINA, *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, pp. 138 e ss..

²⁵⁶ A. GIOVANNINI, *Costo e sanzione nel reddito dell’impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, p. 880.

consente la violazione di determinate norme, vengono ritenuti²⁵⁷, quindi, quali elementi sufficienti a far sorgere la sua responsabilità.

La responsabilità penale e/o amministrativa in capo agli enti collettivi viene, in genere, giustificata dal punto di vista dogmatico sulla base di tre distinte teorie. Una prima teoria si fonda su di una *fictio iuris*, in base alla quale le persone giuridiche vengono assimilate dal legislatore, attraverso una finzione, alle persone fisiche²⁵⁸. Conseguentemente, si ritiene che esse possano compiere azioni supportate da elementi psicologici al pari delle persone fisiche. L'altra teoria si basa sul concetto di immedesimazione organica²⁵⁹, secondo la quale i requisiti di colpevolezza riscontrabili in capo all'organo-persona fisica dovrebbero considerarsi come immediatamente riferibili all'ente, come attività propria dello stesso. La terza teoria, detta della colpa d'organizzazione, prevede la responsabilità dell'entità giuridica se l'illecito si è verificato per l'insufficienza di meccanismi di controllo²⁶⁰.

Sulla base di queste brevi premesse, si procederà pertanto ad una verifica dei criteri e delle modalità di imputazione delle condotte anticoncorrenziali ai soggetti coinvolti, ossia le imprese, in ossequio al principio della responsabilità "personale", per poi passare ad analizzare, nel prossimo capitolo, come detta responsabilità, oltre che per fatto proprio debba altresì essere "colpevole".

2. Soggetti attivi degli illeciti antitrust

Gli articoli 81 e 82 del Trattato CE prevedono quali soggetti attivi degli illeciti anticoncorrenziali le "imprese", senza che di tale concetto venga fornita alcuna definizione sia all'interno del Trattato, sia nella legislazione derivata. Il concetto di impresa ai fini dell'applicazione della normativa antitrust è stato oggetto di un'operazione ermeneutica della giurisprudenza, al fine di stabilirne

²⁵⁷ G. DENNEKER – O. JANSEN, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, The Hague/London/New York, 2004, p. 86.

²⁵⁸ Per maggiori riferimenti cfr. A. DE RISIO, *Societas delinquere potest?*, in *Giur. merito*, 2005, pp. 1153 e ss..

²⁵⁹ Per ampi riferimenti cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 120 e ss.. A tal proposito, è stato osservato che la teoria organicistica può essere utilizzata per vincere l'argomento della responsabilità personale: "*se l'organizzazione opera attraverso soggetti capaci di imputarle direttamente la loro attività, non si vede perché tale translatio non possa operare con riferimento alle azioni penalmente rilevanti*" (così M. FARINA, *op. cit.*, p. 140).

²⁶⁰ Per maggiori riferimenti vedi *infra* par. 13.

una nozione unitaria e di evitare riferimenti alle varie e divergenti definizioni previste nelle legislazioni nazionali. L'importanza dell'esatta ed unitaria definizione del concetto di impresa, svincolata dalle indicazioni fornite dai diritti nazionali, emerge soprattutto con riferimento all'uniforme applicazione del diritto comunitario, che avrebbe potuto seriamente venire compromessa nel caso di interpretazioni frammentarie. Tale aspetto viene posto in luce se si considera che talune situazioni societarie sono suscettibili di qualificazioni giuridiche differenti a seconda dell'ordinamento di appartenenza, come ad esempio nel caso di modifiche della compagine societaria e di trasformazione dell'entità giuridica, che può avvenire in virtù di trasformazione, acquisizioni e fusioni. Se fosse sufficiente una mera modificazione della soggettività giuridica, eventualmente secondo le norme favorevoli di un particolare Stato membro per sfuggire alle sanzioni, le finalità del diritto della concorrenza verrebbero seriamente compromesse. Lo stesso può dirsi per quanto riguarda la realtà dei gruppi societari, che in ogni legislazione riceve una regolamentazione differente e che, date le peculiarità della realtà spesso multinazionale in cui si trovano ad operare, necessitano di precisi indicatori al fine della corretta imputazione del comportamento anticoncorrenziale.

La necessità dell'esatta individuazione del soggetto da sanzionare possiede anche una notevole rilevanza pratica, in quanto la Commissione ai sensi dell'art. 256 CE²⁶¹ può procedere all'esecuzione forzata di una sua decisione solamente a condizione che sia diretta nei confronti di un soggetto determinato.

In prima approssimazione, il concetto comunitario di impresa comprende ogni unità economica dotata di un'organizzazione unitaria di persone, elementi materiali e immateriali che persegue uno scopo economico su una base a lungo termine²⁶². Con precipuo riferimento al diritto della concorrenza, la Corte di giustizia²⁶³, nella nota sentenza *Höfner*, ha stabilito

²⁶¹ "1. Le decisioni del Consiglio e della Commissione che importano, a carico di persone che non siano gli Stati, un obbligo pecuniario costituiscono titolo esecutivo".

²⁶² J. A. ANDERSEN, *The Nature and Purpose of Fines under EC Competition law*, in AA.VV., *Frontiers of Competition Law*, London, New York, Chichester, Brisbane, Singapore, 1994, p. 114.

²⁶³ Sentenza del 23 aprile 1991, *Höfner e Elser c. Macroton GmbH*, causa C-41/90, in *Racc.*, 1991, p. I-1979, punto 21. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che l'attività di collocamento posta in essere da un'impresa, incaricata di tale compito direttamente dallo Stato, rivestisse la qualifica di impresa e fosse pertanto sottoposta alle regole di concorrenza; sentenza della Corte del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e*

che “la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento”. Le istituzioni comunitarie hanno posto l’accento sull’esercizio di un’attività economica, a prescindere da qualsivoglia riferimento giuridico. Inoltre, secondo una giurisprudenza costante per attività economica deve intendersi “qualsiasi attività consistente nell’offrire beni o servizi su di un determinato mercato”²⁶⁴.

E’ stato così possibile considerare illecito un accordo di un’associazione di imprese ancorché essa non avesse scopo di lucro²⁶⁵, come non si è avuta esitazione a qualificare come “imprese” anche enti che di per sé non si proponevano di svolgere un’attività economica²⁶⁶, ma che purtuttavia di fatto la esercitavano; anche gli individui sono stati considerati impresa ai sensi delle norme sulla concorrenza²⁶⁷. Nessuna rilevanza assume poi lo status giuridico dell’impresa, in quanto sia essa pubblica o privata, è comunque sottoposta alle regole sulla concorrenza. Ciò ha consentito di sanzionare numerosi organi statali o governativi sulla base del rilievo che comunque svolgevano un’attività economica²⁶⁸.

Le istituzioni comunitarie dimostrano di aver adottato un approccio funzionale e non meramente formale. La partecipazione ad un’attività economica assurge quindi a criterio discrezionale fondamentale ai fini dell’applicabilità della normativa antitrust, prescindendo dalle modalità di finanziamento e dalla natura dell’impresa. Si sono così verificati casi in cui

a., in *Racc.* pag. I-4013, punto 14, sentenza della Corte del 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre II*, in *Racc.* pag. I-7119, punto 21.

²⁶⁴ Sentenze della Corte del 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione c. Italia, in *Racc.* pag. 2599, punto 7; sentenza della Corte del 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, in *Racc.* pag. I-3851, punto 36.

²⁶⁵ Sentenza della Corte del 29 ottobre 1980. *Heintz Van Landewyck sarl* e a c. Commissione, cause riunite da 209 a 215 e 218/78, in *Racc.*, 1980 p. 3125, in cui al punto 88 si è posto in luce come l’impegno di obbedire alle raccomandazioni emesse dall’associazione da parte delle imprese aderenti dovesse considerarsi sufficiente ad integrare gli estremi di una violazione del diritto della concorrenza, non assumendo rilevanza alcuna il fatto che detta raccomandazione fosse stata emessa da una associazione senza scopo di lucro.

²⁶⁶ Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, *Sacchi*, causa 155/73, in *Racc.*, 1974, p. 409.

²⁶⁷ Decisione della Commissione AOIP c. *Beyrard* in *GUCE* 1976, L 6, p. 8; sentenza della Corte del 19 febbraio 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, causa C-309/99, in *Racc.*, 2002, p. I-1577.

²⁶⁸ Cfr. sentenza della Corte del 14 dicembre 1995, *Banchero*, causa C-387/93, in *Racc.*, 1995, p. I-4663, in cui è stata definita impresa l’Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato italiana.

una data entità pubblica è stata considerata nell'esercizio di talune funzioni come impresa, mentre per altre funzioni tale qualifica è stata esclusa: un'entità governativa o comunque riferibile allo Stato non è considerata impresa solo se agisce esercitando il proprio potere di imperio²⁶⁹. Il Tribunale ha recentemente ribadito²⁷⁰ che le norme in materia di concorrenza risultano comunque applicabili alle attività di un ente che siano separabili da quelle che esso svolge in qualità di pubblica autorità. A tal fine occorre, dunque, esaminare individualmente le attività dell'ente, poiché non è possibile dedurre dal fatto che talune di esse siano prerogative di poteri pubblici che anche le altre non possano avere carattere economico.

Al fine di poter escludere la qualifica di impresa di un determinato ente e, correlativamente, l'applicabilità delle norme sulla concorrenza, la Corte ha evidenziato come occorra che si tratti di un'attività che *“per la sua natura, per le norme alle quali è soggetta e per il suo oggetto esuli dalla sfera degli scambi economici”*²⁷¹. Si è per questa via giunti ad escludere da detta nozione quelle entità giuridiche che contribuiscano alla gestione di un servizio pubblico di carattere sociale *“la cui attività sia, cioè, svolta secondo principi estranei alle leggi di mercato o ancora che agisca in veste di pubblica autorità, avvalendosi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi sui privati”*²⁷².

L'approccio funzionalistico cui le istituzioni comunitarie hanno dimostrato di aderire con la sentenza *Höfner* sopra citata, seppure, da un lato, ha consentito l'estensione dell'applicabilità del diritto della concorrenza anche a soggetti che, secondo alcuni ordinamenti non avrebbero potuto considerarsi “imprese”, ha dall'altro lato comportato la necessità di identificare criteri che

²⁶⁹ P. MANZINI, *Antitrust Applicato*, Torino, 2004, p. 29; R. WISH, *Competition Law*, LexisNexis Butterworths, 2003, p. 84. Cfr. sentenza della Corte del 18 marzo 1997, *Diego Cali & Figli srl c. Servizi ecologici porto di Genova s.p.a.*, causa C-343/95, in *Racc.*, 1997, p. I-1547 in cui è stata negata la qualifica di impresa ad una società incaricata della sorveglianza antinquinamento nel porto di Genova.

²⁷⁰ Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2006, *Selex c. Commissione (Eurocontrol)*, causa T-155/04, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 54.

²⁷¹ Sent. *Wouters cit.*, punto 57.

²⁷² Così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 606. Si è pertanto escluso che rivestisse carattere di attività economica un organismo di previdenza sociale nella misura in cui servizi risultavano essere effettuati sulla base del principio della solidarietà e proporzionalmente ai versamenti degli iscritti, sentenza della Corte del 21 settembre 1999, *Albany*, causa C-67/96, in *Racc.*, 1999, p. I-5751, punto 85; sentenza del Tribunale del 4 marzo 2003, *FENIN* causa T-319/99, in *Racc.*, 2003, p. II-357.

consentissero di individuare i “confini”²⁷³ di un’impresa, ossia individuare dove finisce un’impresa e dove ne comincia un’altra. Tale necessità deriva da una verifica empirica della realtà del mondo economico, in cui un singolo ha la possibilità di organizzarsi e strutturarsi in situazioni societarie molto complesse e, pertanto, spesso può risultare difficoltosa l’esatta individuazione di tutti i collegamenti societari. Inoltre, l’esatta linea di demarcazione dei confini societari assume rilevanza anche sotto il profilo dell’applicazione delle stesse regole della concorrenza. L’art. 81 CE si applica, infatti, alle intese, ossia agli accordi, qualunque forma essi assumano, tra imprese indipendenti e non a soggetti appartenenti alla stessa entità economica. In quest’ultimo caso, assumerebbe rilevanza l’art. 82 CE relativo all’abuso di posizione dominante, i cui presupposti applicativi risultano alquanto differenti rispetto alla disciplina dettata per le intese.

A tal proposito ed ai fini dell’applicazione del diritto della concorrenza, i giudici comunitari hanno stabilito che *“la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa si riferisce ad un’unità economica dal punto di vista dell’oggetto dell’accordo, anche se sotto il profilo giuridico quest’unità economica è costituita da più persone, fisiche o giuridiche”*²⁷⁴. Nel caso di specie, la Corte ha considerato come unica “impresa” una persona fisica che aveva il controllo di due distinte società, ponendo l’accento sul fatto che non potesse esservi concorrenza tra le persone che partecipano insieme, come un’unica parte, all’accordo²⁷⁵. Quale logico corollario di tali affermazioni, i giudici del Lussemburgo hanno conseguentemente statuito che la disciplina delle intese non si applica anche *“qualora una delle parti contraenti sia costituita da più imprese giuridicamente autonome purché queste imprese costituiscano sotto il profilo contrattuale, un’unità economica”*²⁷⁶.

²⁷³ Cfr. W.P.J. WILS, *The Undertaking as subject of EC Competition Law*, in W.P.J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essay in Law & Economics*, The Hague, London, New York, 2001, p. 168.

²⁷⁴ Sentenza della Corte del 12 luglio 1985, causa C-170/83, *Hydroterm c. Compa*, in *Racc.*, 1985, p. 3016, punto 11.

²⁷⁵ Sentenza *Hydroterm*, cit. punto 11.

²⁷⁶ *Ibidem*, punto 12.

3. Gruppi di società

Secondo l'indirizzo espresso dai giudici comunitari, dunque, ciò che assume rilevanza in presenza di entità con personalità giuridica distinta, risulta essere l'unità e meno del loro comportamento sul mercato²⁷⁷. Tali considerazioni hanno condotto ad escludere, in presenza di talune condizioni, dall'applicazione dell'art. 81 CE le intese poste in essere nell'ambito dei gruppi societari, in cui molto frequenti sono gli accordi che potrebbero essere considerati come restrittivi della concorrenza. Da un punto di vista economico, spesso tali accordi, come ad esempio obblighi di non concorrenza o fissazioni di prezzi all'interno del gruppo, non potrebbero considerarsi quali intese vietate in virtù del fatto che tali entità formano un'unica realtà economica sul mercato. In questi casi, gli accordi infragruppo dovrebbero essere considerati più come un'interna allocazione delle risorse che come intese restrittive della concorrenza²⁷⁸.

I giudici del Lussemburgo hanno pertanto enucleato una serie di principi al fine di verificare in quali casi le intese infragruppo non debbano essere considerate come intese restrittive della concorrenza.

In primo luogo, la Corte ha considerato non applicabile l'art. 81 CE agli accordi o pratiche concordate fra l'impresa capogruppo e affiliate nell'ipotesi in cui queste ultime, nonostante la distinta soggettività giuridica, non godano di reale indipendenza economica²⁷⁹. Successivamente, tale concetto ha ricevuto ulteriori specificazioni, che hanno condotto alla non applicazione della disciplina delle intese nel caso in cui la società madre e le affiliate *“costituiscano un'unità economica nell'ambito della quale l'affiliata non dispone di effettiva autonomia nella determinazione del proprio comportamento sul mercato, e gli accordi e pratiche di cui trattasi abbiano semplicemente lo scopo di una ripartizione interna di compiti all'interno del gruppo”*²⁸⁰.

Il fulcro delle considerazioni dei giudici comunitari poggia quindi sulla

²⁷⁷ Sentenza della Corte del 14 luglio 1972, causa 48/69, *ICI c. Commissione*, in *Racc.*, 1972, p. 619, punto 140.

²⁷⁸ Cfr. R. WISH, *op. cit.*, p. 87.

²⁷⁹ Sentenza della Corte del 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguelin Import c. GL Import Export*, in *Racc.*, 1971, p. 949.

²⁸⁰ Sentenza della Corte del 4 maggio 1988, causa 30/87, *Corinne Bodson c. Sa Pompes funèbres des Régions libérées*, in *Racc.*, p. 1988, p. 2479.

constatazione che nei rapporti tra società capogruppo e controllate non possa parlarsi di reale concorrenza nella misura in cui l'affiliata non disponga di vera autonomia nella determinazione della propria linea di azione sul mercato²⁸¹. Secondo i giudici comunitari, inoltre, l'art. 81 CE si rivolge “*ad entità economiche, ognuna delle quali è costituita da un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali ed immateriali, che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica, organizzazione che può concorrere alla realizzazione della stessa disposizione*”²⁸².

I gruppi di società o comunque entità legate da vincoli contrattuali od economici estremamente rilevanti possono, quindi, essere sottoposti alla disciplina dell'art. 82 CE piuttosto che a quella dell'art. 81 CE, con la differenza che dovrà essere rigorosamente dimostrata sia la posizione dominante sia l'abuso della stessa, posto in essere ad opera di una o più imprese.

Il riferimento all'unità economica ed alla mancanza di indipendenza delle società affiliate che consentono di considerarle come un' “unica impresa”, comporta anche la rilevante conseguenza che nell'ambito dei regolamenti di esenzione di categoria, le soglie al di sotto delle quali un determinato accordo risulta essere esentato, devono essere calcolate con riferimento all'intero gruppo²⁸³.

Esclusa la rilevanza della formale separazione giuridica delle entità coinvolte in infrazioni del diritto della concorrenza, si è posta la necessità di trovare criteri univoci che consentano di poter uscire dalla nebulosità di affermazioni di principio, spesso nemmeno supportate da reali indagini empiriche. La questione è particolarmente delicata, in quanto è necessario trovare precisi indicatori che consentano di fornire chiari criteri al fine di stabilire quando l'affiliata non goda di autonomia, ma al contrario applichi le direttive impartite dalla società madre, con la quale forma un'unica entità economica. Nei casi in cui il controllo è vicino al 100%, in genere si presume che la società madre influisca praticamente *in toto* sulla controllata²⁸⁴;

²⁸¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 gennaio 1995, causa T-102/92, *Viho Europe Bv c. Commissione*, in *Racc.*, 1995, p. II-17.

²⁸² Sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992, *Shell c. Commissione*, causa T-11/89, in *Racc.*, 1992, p. II-757, punto 311.

²⁸³ R. WISH, *op. cit.*, p. 88.

²⁸⁴ Conclusioni Avvocato generale Warner rese nel caso *ICI c. Commissione*, causa 6 e 7/73, in *Racc.*, 1974, p. 223.

viceversa, in ipotesi di controllo meno elevato, possono essere presenti altri fattori in grado di determinare ugualmente la condotta delle controllate, come la composizione del consiglio di amministrazione, patti sindacali, mere direttive impartite²⁸⁵ dalla capogruppo.

La giurisprudenza comunitaria non ha ancora raggiunto punti fermi²⁸⁶ in materia. Seppure si è affermato che l'art. 81 CE non si applica ad intese fra società appartenenti al medesimo gruppo, qualora esse costituiscano un'unità economica nell'ambito della quale la controllata non disponga di un'effettiva autonomia nella determinazione del proprio comportamento sul mercato e gli accordi abbiano lo scopo di una sorta di ripartizione dei compiti nell'ambito del gruppo, i giudici comunitari hanno altresì sottolineato come la mera appartenenza al gruppo non sia di per sé elemento sufficiente per considerare unitariamente le imprese. A tal fine, è necessario tenere conto della reale natura dei rapporti tra le imprese del gruppo²⁸⁷. In particolare, non risulta ancora del tutto chiarito se sia possibile applicare il concetto di controllo elaborato per la disciplina delle concentrazioni anche alla materia delle intese. L'art. 3 par. 2 del regolamento n. 139/2004 sulle concentrazioni²⁸⁸ stabilisce che si ha controllo in presenza di *“diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa”*²⁸⁹. Come osservato da parte della dottrina²⁹⁰, l'adozione della medesima impostazione per le concentrazioni e per le intese fornirebbe omogeneità di concetti a discipline che perseguono lo stesso fine e consentirebbe di considerare come un'unica impresa anche quelle società appartenenti al gruppo a cui, in pratica, viene lasciato un margine di autonomia decisionale. Secondo l'opinione citata, infatti, non si tratterebbe di

²⁸⁵ R. WISH, *op. cit.*, p. 88.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 89; W.P.J. WILS, *op. ult. cit.*, p. 170.

²⁸⁷ Sentenza *Bodson*, *cit.* p. 20.

²⁸⁸ Regolamento del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GU* del 25 gennaio 2004, L 24, p. 1. La definizione di controllo contenuta nella previgente normativa del reg. 4064/89 era del tutto identica a quella odierna.

²⁸⁹ Tra gli elementi che presuntivamente vengono elencati quali indicatori del controllo devono essere menzionati: diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; diritto o contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa. Per ampi riferimenti in materia si veda M. LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Torino, 1994.

²⁹⁰ W.P.J. WILS, *op. ult. cit.*, 170.

vera e propria autonomia, ma di una libera determinazione della società madre di non intromettersi nelle politiche delle affiliate, revocabile *ad nutum* in qualunque momento²⁹¹. Detta impostazione, inoltre, avrebbe il pregio di non imbrigliare le dinamiche societarie in rigidi schemi predefiniti; alle società capogruppo basterebbe, infatti, formalizzare in qualche modo le direttive impartite, per dimostrare che gli accordi consistono in una mera allocazione di risorse e, conseguentemente, evitare di essere assoggettati alla disciplina delle intese. L'adozione di un approccio, che come quello sulle concentrazioni, tenga conto della mera possibilità di esercitare il controllo, parrebbe inoltre essere maggiormente in linea con le *rationes* economiche sottese alla disciplina della concorrenza.

Merita osservarsi che, in talune decisioni, la Commissione pare avere accolto una concezione di controllo e di unità economica alquanto restrittiva che l'ha condotta a sanzionare comportamenti di imprese che si trovavano in situazioni al limite del confine tra reale indipendenza e mancanza di autonomia. Nel caso *Ijsselcentrale*²⁹², una *joint venture* formata da diverse società e dalle quattro società olandesi fornitrici del servizio elettrico, non è stata giudicata una unità economica, in quanto ciascuna società era in grado di determinare autonomamente il proprio comportamento e mancava un controllo unitario. In un altro caso, il controllo congiunto di due società al 50% di un'altra società con pari diritto di voto non è stato reputato sufficiente a determinare un controllo effettivo sulla affiliata²⁹³.

Strettamente connesso alla tematica del controllo e del concetto di unità economica risulta la questione relativa alla possibilità di imputare illeciti anticoncorrenziali anche a soggetti che non fanno parte di un "gruppo" in senso proprio, ma gravitano intorno alle società nella forma di agenti, mediatori, o comunque soggetti legati contrattualmente a determinate società e che possono anch'essi, a prescindere dal loro *status* di persona giuridica e fisica, rivestire la qualifica di "impresa" ai sensi e per gli effetti del diritto della concorrenza. Per quanto riguarda i dipendenti, invece, per giurisprudenza costante, non vengono considerati come entità distinte dall'impresa da cui dipendono, per lo meno per tutta la durata del loro rapporto di lavoro, sulla base del rilievo che costituiscono "*parte integrante, per la durata di tale*

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² In *GUCE* 1991, L28, p. 3, punti 22-24

²⁹³ Decisione *Gosmè/Martell-DMP*, in *GUCE* 1991, L 185, p. 23, punto 30.

rapporto di lavoro, delle dette imprese e formano in tal modo con ognuna di esse un'unità economica"²⁹⁴.

La questione assume rilevanza soprattutto sotto il profilo della possibilità di poter configurare determinati comportamenti come condotte unilaterali oppure come accordi. Il problema è stato affrontato con precipuo riferimento al contratto di agenzia – ma le considerazioni valgono anche per rapporti affini come le attività di intermediazione e di rappresentanza per un solo committente - e sono stati dettati una serie di requisiti al fine dell'esatta individuazione delle situazioni che risultano essere sottoposte ai divieti di cui all'art. 81 CE. La Corte ha stabilito che gli accordi che intercorrono tra un committente ed un intermediario non ricadono nell'ambito delle intese vietate, nella misura in cui l'attività di quest'ultimo venga svolta esclusivamente a favore di un committente e comporti una completa integrazione nell'organizzazione del committente, assurgendo così a mero esecutore delle direttive impartite²⁹⁵. L'attività dell'intermediatore, invece, assume autonomia e pertanto i relativi accordi con il committente ricadono nel divieto dell'art. 81 CE se sussiste una "ripartizione dei rischi", ossia quando all'intermediario vengano lasciati o attribuiti ampi margini di autonomia e che questo, al pari di qualsiasi imprenditore indipendente, sopporti i rischi finanziari connessi alla vendita dei prodotti o all'esecuzione dei contratti stipulati con i terzi²⁹⁶. L'intermediario – o l'agente – perde il "*proprio status di operatore economico indipendente soltanto quando non sopporti i rischi conseguenti ai contratti procurati per conto del committente e operi come ausiliario integrato nell'impresa del committente stesse*"²⁹⁷. Di recente, il Tribunale è tornato sull'argomento ribadendo la giurisprudenza precedente in un caso di un complesso sistema di agenti per la rivendita di automobili in Germania, statuendo che "*qualora un agente, sebbene munito di personalità giuridica distinta, non determini autonomamente il proprio comportamento sul mercato, bensì applichi le istruzioni impartitegli dal committente, i divieti*

²⁹⁴ Sentenza del 16 settembre 1999, *Jean Claude Becu e a*, causa C-22/98, in *Racc.*, 1999, p. I-5665, punto 26.

²⁹⁵ Sentenza della Corte del 16 dicembre 1975, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Suiker Unie e a. c.* Commissione, in *Racc.*, 1975, p. 1663, punto 480.

²⁹⁶ Sentenza *Suiker Unie cit.*, punto 541.

²⁹⁷ Sentenza della Corte del 24 ottobre 1995, causa C-266/93, *Volkswagen e VAG Leasing*, in *Racc.*, 1995, p. I-3477, punto 19.

sanciti dall'art. 81, n. 1 CE non si applicano ai rapporti tra l'agente stesso ed il rispettivo committente con cui forma un'unità economica"²⁹⁸.

4. Imputabilità degli illeciti concorrenziali ai gruppi di imprese

Dopo aver esaminato come le istituzioni comunitarie interpretino il concetto di impresa e di unità economica con riferimento ai gruppi, occorre analizzare il distinto problema dell'imputabilità di un illecito al gruppo. In particolare, occorre individuare il soggetto che deve essere sanzionato per infrazioni del diritto della concorrenza, ossia se anche la società capogruppo debba rispondere per condotte poste in essere dalle controllate. Dal punto di vista dell'effetto di deterrenza, un'opinione autorevolmente espressa²⁹⁹ sottolinea come in materia di gruppi debbano essere distinti due tipi di situazioni: il caso in cui sussista un controllo pari al 100% e il caso in cui si abbia un controllo in percentuale minore. Nel primo caso, i soggetti che sopportano le conseguenze finanziarie, ossia gli azionisti, sono i medesimi in virtù della partecipazione totalitaria; la Commissione dovrebbe essere lasciata libera di decidere, in base a valutazioni di mera opportunità e di solvibilità delle imprese coinvolte, se sanzionare solo la controllata, solo la società madre oppure condannarle entrambe in solido. In caso contrario, risulterebbe agevole cercare di far risultare incapiente la società sanzionata, oppure fare in modo che essa sia sottoposta alla legislazione di uno Stato extracomunitario, in cui sarebbe meno agevole procedere all'eventuale recupero coatto della somma corrispondente alla sanzione.

Nel secondo caso, esigenze di correttezza ed equità nei confronti degli azionisti di minoranza, che potrebbero trovarsi nella concreta impossibilità di impedire eventuali illeciti in considerazione della mancanza di controllo sugli organi decisionali, imporrebbero di sanzionare solamente la società effettivamente coinvolta nell'infrazione. Tuttavia, ciò potrebbe condurre alle

²⁹⁸ Sentenza del Tribunale del 15 settembre 2005, causa T-325/01, *Daimler-Chrysler AG c. Commissione*, non ancora pubblica in *Raccolta*, punto 88. Nel caso di specie, i giudici di primo grado hanno escluso di trovarsi in presenza di accordi, in quanto gli agenti non assumevano su di loro alcun rischio finanziario, le autovetture erano vendute direttamente da *Mercedes Benz*, non erano obbligati a mantenere uno stock di autovetture ed eventuali sconti non incidono sulla percentuale di provvigione dovuta all'agente, come invece accade nel caso di contratti di distribuzione.

²⁹⁹ W.P.J.WILS, *op. ult. cit.*, 175.

stesse problematiche sopra evidenziate di potenziale occultamento dei capitali necessari a pagare le sanzioni; spesso, la Commissione si trova di fronte a situazioni societarie talmente complesse, che risulta praticamente impossibile determinare il soggetto che ha realmente commesso l'infrazione. Pertanto, anche la dottrina richiamata, concorda nel ritenere che la Commissione debba essere lasciata libera di decidere su quale soggetto fare gravare l'ammenda³⁰⁰.

In realtà, i giudici comunitari paiono richiedere la presenza di taluni requisiti per poter comminare un'ammenda alla società capogruppo per illeciti commessi dalle controllate. Nella pronuncia *ICI*³⁰¹, che può essere considerata uno dei *leading case* in materia, la Corte, dopo avere sottolineato l'irrelevanza ai fini dell'imputabilità della condotta anticoncorrenziale di personalità giuridiche distinte della società madre e dell'affiliata, ha statuito che la responsabilità della prima può verificarsi in particolare nel caso in cui *"l'affiliata, pur avendo personalità giuridica distinta, non decide in modo autonomo quale deve essere il suo comportamento sul mercato, ma applica in sostanza le direttive della casa madre"*³⁰², per poi proseguire stabilendo che, proprio in virtù del principio dell'unità economica, risulta possibile imputare l'attività dell'affiliata direttamente in capo alla società madre.

Secondo parte della dottrina³⁰³, tale rigorosa impostazione, con cui si richiede la completa mancanza di autonomia decisionale in capo alla controllata, andrebbe rivista in maniera meno rigida, assumendo come parametro di riferimento il concetto di controllo così come delineato nella disciplina delle concentrazioni. Ciò sulla base del rilievo che le sanzioni imposte in capo alle società vengono per la maggior parte sopportate dagli azionisti di maggioranza che teoricamente avrebbero gli strumenti per cercare di prevenire comportamenti illegittimi, attraverso corrette impostazioni dell'organizzazione e del controllo aziendale.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 176. Tale impostazione è quella che sembra essere seguita anche dai giudici comunitari. A tal proposito si veda la sentenza del Tribunale del 1 aprile 1993, *BPB Industries Plc. e British Gypsum Ltd. c. Commissione*, causa T-65/89, in *Racc.*, 1993, p. II-389, punto 154.

³⁰¹ Sentenza della Corte del 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione*, causa 48/69, in *Racc.*, 1972, p. 619.

³⁰² Sentenza *ICI cit.*, punto 133. In senso conforme, sentenza della Corte 14 luglio 1972, *J.R. Geigy Ag*, causa 52/69, in *Racc.*, 1972, p. 787; sentenza della Corte del 21 febbraio 1973 *Europeimballage Corporation e Continental Can Inc.*, causa 6/72, in *Racc.*, 1972, p. 215, sentenza della Corte del 18 ottobre 1989 *Orkem Sa c. Commissione*, causa 374/87, in *Racc.*, 1989, p. 3283.

³⁰³ W.P.J. WILS, *op. cit.*, p. 177.

Connessa con tale argomento, risulta la questione, sollevata in un caso di fronte al Tribunale³⁰⁴ della possibilità di considerare il tetto del 10% del fatturato del gruppo, in luogo di quello della società che ha realmente posto in essere l'illecito. Il caso traeva origine dal fatto che la Commissione aveva comminato una sanzione ad una consociata della società "colpevole", che aveva accettato di accollarsi il pagamento della sanzione, in quanto quest'ultima società aveva cessato di esistere dopo la comunicazione degli addebiti. Secondo un'altra impresa partecipante all'accordo la Commissione avrebbe dovuto considerare il fatturato del gruppo di appartenenza della società che aveva commesso l'illecito. I giudici comunitari hanno negato tale possibilità, poiché il fatturato da prendere in considerazione doveva essere quello dell'impresa interessata, ossia l'impresa destinataria della decisione della Commissione³⁰⁵. L'accettazione di quella tesi avrebbe comportato un conflitto con la giurisprudenza consolidata esistente in materia, in base alla quale il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa può essere imputato ad un'altra entità nell'ipotesi in cui essa non abbia determinato in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma abbia applicato le direttive impartitele dalla seconda, in considerazione dei particolari vincoli economici e giuridici intercorrenti tra loro³⁰⁶. Detta impostazione renderebbe altresì inutile ogni analisi circa i rapporti esistenti all'interno dei gruppi di società, al fine di determinare se si tratti di un'impresa unica ai fini dell'applicazione del diritto antitrust, dato che l'accertamento della responsabilità di un'impresa membro del gruppo comporterebbe automaticamente quella solidale della società madre e delle altre società appartenenti al gruppo. Ciò sarebbe in aperto contrasto *"con il principio del carattere individuale delle pene e delle sanzioni, secondo il quale un'impresa può essere sanzionata esclusivamente per fatti ad essa individualmente ascritti, principio applicabile in qualsiasi procedimento amministrativo che possa concludersi con l'irrogazione di sanzioni in forza della normativa comunitaria sulla concorrenza"*³⁰⁷.

³⁰⁴ Sentenza del Tribunale del 4 luglio 2006, *Hoek Loos NV* c. Commissione, causa T-304/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³⁰⁵ *Ibidem*, punto 116.

³⁰⁶ *Ibidem*, punto 117.

³⁰⁷ *Ibidem*, punto 118.

5. Imputabilità degli illeciti ai successori

Anche se non propriamente in linea con il principio della responsabilità personale, che imporrebbe di condannare solo per fatti propri e di evitare di sanzionare soggetti non direttamente coinvolti in illeciti antitrust, la prassi della Commissione e dei giudici comunitari è orientata a considerare responsabili le imprese “successori” che sorgono a seguito di varie operazioni societarie, come fusioni³⁰⁸, acquisizioni e trasformazioni³⁰⁹. Tale impostazione risulta, del resto, essere in linea con la nozione di impresa accolta a livello comunitario, incentrata più sulla sostanza, ossia sull’attività economica, che sulla forma giuridica delle entità coinvolte.

Detta responsabilità solleva numerose questioni, in particolar modo sotto il profilo della tutela dei diritti delle imprese coinvolte, che spesso non sono in grado di valutare o di conoscere le azioni dei propri predecessori. Il rischio di subire sanzioni per il mero fatto di proseguire un’attività economica da altri gestita potrebbe costituire una remora per talune operazioni societarie³¹⁰; d’altro canto, il rischio che mutamenti della “veste” giuridica vengano utilizzati a meri fini elusivi è altrettanto elevato. Sarebbe estremamente semplice per un’impresa che ha commesso un illecito cedere il ramo di azienda coinvolto nell’infrazione o compiere operazioni di “architettura giuridica” effettuando mutamenti nella propria struttura legale, se in tal modo potesse sfuggire alle sanzioni.

L’approccio adottato dalle istituzioni comunitarie risulta essere anche in questo caso funzionale, basato su valutazioni empiriche e non meramente formalistiche. Un cambiamento della forma legale o della denominazione dell’impresa non crea una nuova impresa immune da responsabilità per comportamenti illeciti del predecessore³¹¹, qualora, sotto l’aspetto economico,

³⁰⁸ La fusione dà vita ad un fenomeno successorio e la stessa può eseguirsi attraverso la costituzione di una nuova società oppure mediante l’incorporazione in una società già esistente di una o più società.

³⁰⁹ In realtà con la trasformazione non si estingue una società per dar vita ad un’altra, né si verifica un caso di successione del patrimonio da un soggetto ad un altro.

³¹⁰ L. GARZANITI – G. SCASSELLATI-SFORZOLINI, *Liability of successor undertakings for infringements of EC Competition law committed prior to corporate reorganisations*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 348 e ss.

³¹¹ C. KERSE – N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, London Sweet & Maxwell, 2005, p. 36

vi sia identità tra le due³¹².

Tale impostazione ha ricevuto maggiori chiarimenti nel caso *Enichem Anic*³¹³ in cui il Tribunale ha specificato come l'art 81 CE si rivolga ad “*entità economiche costituite da un insieme di elementi materiali ed umani che può concorrere alla realizzazione di un’infrazione*”³¹⁴. Secondo la ricostruzione del Tribunale, una volta avvenuta la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza, occorre individuare la persona fisica o giuridica che risultava essere responsabile della gestione dell’impresa al momento in cui è stata commessa l’infrazione, affinché essa ne risponda³¹⁵. Il problema sorge quando, tra il momento in cui viene posta in essere l’infrazione e la sua scoperta, si sia verificata la cessazione dell’esistenza giuridica dell’impresa “colpevole”: in questo caso, secondo i giudici del Lussemburgo, occorre “*dapprima localizzare l’insieme degli elementi materiali ed umani che ha concorso alla commissione dell’infrazione e poi identificare la persona che è divenuta responsabile della gestione di detto insieme, allo scopo di evitare che, a seguito della scomparsa della persona che era responsabile della sua gestione al momento in cui è stata commessa l’infrazione, l’impresa possa non rispondere di quest’ultima*”³¹⁶. Nel caso sottoposto al suo esame, il Tribunale ha ritenuto legittima la sanzione imposta alla *Enichem* nonostante essa avesse ceduto il ramo d’azienda relativo al settore del polipropilene, ossia quello direttamente coinvolto nell’infrazione, sulla base del rilievo che la persona giuridica responsabile della gestione dell’impresa al momento in cui è stata commessa l’infrazione ha continuato ad esistere fino all’emanazione della decisione³¹⁷. Il Tribunale ha quindi confermato la decisione della

³¹² Sentenza della Corte del 28 marzo 1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines Sa e Rhein zinc GmbH c. Commissione*, cause riunite 29 e 30/83, in *Racc.*, 1984, p. 1679, punto 9.

³¹³ Sentenza del Tribunale del 17 dicembre 1991, *Enichem Anic s.p.a. c. Commissione*, in *Racc.*, 1991, p. II-1623.

³¹⁴ Sentenza *Enichem Anic*, *cit.*, punto 235.

³¹⁵ E’ affermazione ricorrente dei giudici comunitari che, in via di principio “*la responsabilità per l’impresa di cui trattasi incombe alla persona fisica o giuridica che dirigeva la medesima al momento in cui l’infrazione è stata commessa, pur se, alla data di adozione della decisione che ha constatato l’infrazione, la gestione dell’impresa fosse posta sotto la responsabilità di un’altra persona*” (cfr. sent. *Hoek Loos Nv cit.*, punto 121; sentenza della Corte del 16 novembre 2002 *Cascades c. Commissione*, causa C-279/98P, in *Racc.*, 2000, p. I-9693).

³¹⁶ Sentenza *Enichem Anic*, *cit.*, punto 237.

³¹⁷ Nella pronuncia citata il Tribunale ha evitato di stabilire cosa debba accadere nel caso in cui l’impresa che ha commesso l’infrazione sparisca come entità economica costituita da un insieme di elementi materiali ed umani o quale società debba rispondere di un’infrazione commessa da un’impresa appartenente ad un gruppo.

Commissione³¹⁸, in cui essa aveva affermato che con la definizione di ‘impresa’ dovesse riferirsi a ogni ente che esercita attività commerciali; pertanto, nel caso di un grande gruppo industriale, era possibile fare riferimento, secondo le circostanze, ad una società capogruppo o ad una consociata, oppure all’unità formata congiuntamente dalla società capogruppo e dalle consociate. Inoltre, i giudici hanno rilevato come, nel caso di cessione di quote di una società ad un’altra, doveva essere affrontata una questione preliminare, ossia l’identificazione dell’impresa che ha commesso l’infrazione e l’accertamento del fatto relativo alla persistente esistenza della forma essenziale dell’impresa. Il problema dell’identità di imprese è stato giudicato come di diritto comunitario e, pertanto, non assumono rilevanza eventuali modifiche societarie attuate in base ai vari diritti nazionali. La Commissione ha, però, cercato di effettuare taluni distinguo al fine di non dilatare eccessivamente il novero dei soggetti potenzialmente punibili per violazioni del diritto della concorrenza, affermando che non è sufficiente ai fini dell’imputazione dell’illecito all’acquirente, il mero acquisto del ramo d’azienda coinvolto nell’infrazione. Nell’ipotesi in cui l’impresa che ha commesso l’infrazione risulti ancora esistente, sarà quest’ultima a dover rispondere dell’illecito. Nel caso in cui, invece, l’impresa agente venga assorbita da un’altra entità, la responsabilità può essere addossata alla nuova figura giuridica, senza necessità di dimostrare che *“l’acquirente abbia proseguito o fatto proprio un comportamento illecito; il fattore determinante è l’esistenza di una continuità economica e funzionale fra l’impresa originaria e quella nella quale essa è stata incorporata”*³¹⁹.

L’impostazione della Commissione, però, nella prassi non si è dimostrata così rigorosa nella ricerca della “continuità economica e funzionale”. Parte della dottrina³²⁰ ha evidenziato talune obiezioni a detto approccio, in particolare con riferimento all’ipotesi in cui l’unità economica che ha commesso l’illecito non possieda personalità giuridica o la perda a seguito di operazioni societarie. In questi casi, e come sopra già evidenziato, ai sensi dell’art. 256 CE, la Commissione, al fine di imporre e ottenere il pagamento di una sanzione, deve necessariamente rivolgere la propria

³¹⁸ Decisione della Commissione, 89/190/CE del 21 dicembre 1988 IV/31.865, *PVC*, in *GUCE* del 17 marzo 1989, L 74, p. 1, punto 42.

³¹⁹ Sent. *Enichem Anic cit.*, punto 306.

³²⁰ L. GARZANITI – G. SCASSELLATI-SFORZOLINI, *op. cit.*, p. 349.

decisione ad un soggetto giuridicamente determinato. La Commissione ha talora effettuato alcune forzature al fine di trovare un soggetto responsabile, che tuttavia sono incorse nelle censure dei giudici comunitari. Nel caso *All Weather Sports*³²¹, il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione, in quanto questa aveva inflitto la sanzione ad una società che aveva acquisito il ramo d'azienda coinvolto nell'infrazione e non le due società che avevano effettivamente commesso l'illecito, nonostante queste esistessero ancora. I giudici di prima istanza hanno sottolineato come esista in capo alla Commissione l'onere di motivare in maniera sufficientemente dettagliata le ragioni che la inducono ad addossare la sanzione ad un'impresa piuttosto che ad un'altra. Inoltre, essi hanno affermato che, al fine di poter addossare la responsabilità di una infrazione antitrust all'acquirente di un'impresa, autrice materiale dell'illecito ed esistente prima della cessione, occorre che non vi sia contestazione né sull'identità dell'entità giuridica che è succeduta in diritto all'autore dell'infrazione, né sull'effettività della sua continuazione, da parte di detta entità, dell'attività svolta dall'impresa interessata, all'origine della controversia³²². Nel caso sottoposto al suo esame il Tribunale ha rilevato come l'impresa che aveva commesso l'infrazione esistesse ancora³²³, e pertanto le ragioni per le quali la Commissione aveva deciso di infliggere la sanzione alla nuova entità necessitassero di una motivazione maggiormente incisiva.

La giurisprudenza successiva ha mostrato di adottare un approccio meno rigoroso di quello inaugurato con la sentenza *Enichem Anic* sopra citata. In un caso³²⁴, il Tribunale ha confermato la decisione della Commissione con cui questa aveva imputato illeciti anticoncorrenziali ad una società costituita al fine del salvataggio dell'impresa insolvente, che aveva posto in essere la condotta, nonostante quest'ultima fosse ancora esistente. I giudici hanno rilevato come nel caso di specie non potesse parlarsi di "successore legittimo"

³²¹ Sentenza del Tribunale del 28 aprile 1994, *All Weather Sports Benelux BV* c. Commissione, causa T-38/92, in *Racc.*, 1994, p. I-211.

³²² Sentenza *Weather Sports*, cit. punto 30.

³²³ E' stato rilevato (K. HOEGH, *Succession of liability for competition law infringements – The Cement Judgment*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 534) "the need to ensure efficient sanctioning of competition law infringements implies an 'innocent' purchaser of assets (the economic entity that committed the infringement) may become liable of the sins of the past. This is, however, only the case if the legal entity responsible for the past infringements has ceased to exist".

³²⁴ Sentenza del Tribunale del 11 marzo 1999, *NMH Stahlwerke GmbH* c. Commissione, causa T-134/99, in *Racc.*, 1999, p. II-239.

per diverse ragioni. In primo luogo, non si trattava di una mera modificazione giuridica, ma si era in presenza di una nuova società, con diverso personale direttivo. In secondo luogo, tale nuova società non aveva assunto tutti i diritti e gli obblighi sussistenti in capo alla società oggetto del salvataggio, ma aveva rilevato solamente la sua principale attività. Il Tribunale, basandosi sul concetto di “parte principale” dell’attività che risultava essere proseguita dalla nuova impresa, ha stabilito che *“emerge tuttavia dalla giurisprudenza della Corte e del Tribunale che in presenza di talune circostanze, una violazione delle norme in materia di concorrenza può essere imputata al successore economico della persona giuridica che ne sia l’autore, affinché l’effetto utile di tali norme non venga pregiudicato per effetto delle modificazioni apportate, in particolare alla forma giuridica delle imprese interessate”*³²⁵.

La *ratio decidendi* utilizzata dai giudici comunitari per imputare illeciti a soggetti non direttamente coinvolti parrebbe dunque poggiare sulla volontà di smascherare l’intento elusivo di eventuali acquisizioni o modificazioni societarie e sulla necessità di non pregiudicare l’effetto utile delle norme antitrust. La mancanza della prova dell’intento elusivo è infatti stata utilizzata in una pronuncia successiva³²⁶, per annullare una decisione con cui la Commissione aveva sanzionato una impresa che aveva acquisito il controllo di una società coinvolta in un pregresso illecito antitrust.

Come rilevato da parte della dottrina³²⁷, l’approccio seguito dalle istituzioni comunitarie, seppure supportato da condivisibili motivazioni relative alla corretta attuazione della politica di concorrenza, non pare rispettoso del principio di colpevolezza e del suo corollario della responsabilità personale. L’accento posto sulla potenziale volontà di eludere le norme antitrust da parte dell’impresa coinvolta negli illeciti potrebbe, infatti, consentire di sanzionare l’impresa “successore”, anche se del tutto estranea ai tentativi della prima di evitare l’applicazione delle disposizioni del Trattato.

Tali aspetti sono stati evidenziati nelle conclusioni rese nella causa *Aalborg*³²⁸, disattese dalla Corte. Nel caso di specie la società *Aalborg* in qualità di *holding* aveva assunto il controllo al 50% di una società coinvolta

³²⁵ Sent. *NMH cit.*, punto 37.

³²⁶ Sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *HFB e a. c. Commissione*, causa T-9/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1487.

³²⁷ K. HOEGH, *op. cit.*, p.535.

³²⁸ Conclusioni dell’Avvocato Generale *Ruiz-Jarabo Colomer*, rese l’11 febbraio 2003, nella causa C-2004/00, *Aalborg e a. c. Commissione*, in *Racc.*, 2004, p. I-75;

nel cartello del cemento e contestava la legittimità dell'imputazione nei suoi confronti dell'illecito commesso dalla controllata, in epoca precedente all'acquisizione. Tale imputazione risultava basata sulla mera circostanza della prosecuzione dell'attività del dante causa da parte della *Aalborg*. L'Avvocato Generale, rilevata l'importanza e la vigenza del principio della responsabilità della pena, che impone di contestare un comportamento sanzionabile solo all'autore, ha affermato come esso debba essere applicato, seppure con le dovute cautele, anche nell'ambito delle sanzioni antitrust, in quanto non risulta ammissibile un regime di responsabilità oggettiva o senza colpa. Nel settore della concorrenza, l'applicazione di detto principio deve ricevere poi un'ulteriore modulazione dettata dalla necessità di adattarlo alle persone giuridiche, in quanto anche in questi casi *“nessun elemento autorizza ad ignorare l'elemento soggettivo della colpa, che subisce comunque un processo di oggettivazione. Nelle entità collettive non esiste l'elemento della volontà in senso stretto, ma una finzione giuridica permette di attribuire ad esse le infrazioni che siano conseguenza dei loro comportamenti. Non vi sono atti di volontà, ma vi è la capacità di infrangere le norme alla cui applicazione esse sono soggette. Il corollario è chiaro: non si può imputare a una persona giuridica un'infrazione che non ha commesso”*³²⁹.

L'Avvocato Generale ha poi proseguito rilevando come la possibilità di attribuire comportamenti anticoncorrenziali di un'impresa ad un'altra sia dettata dalla necessità di preservare la concorrenza nel mercato comune, ma a condizione che vengano soddisfatti taluni requisiti. In primo luogo, occorre che la nuova società prosegua l'attività della precedente e che fra le due sussista continuità economica, intesa quale appropriazione degli elementi materiali ed umani. In secondo luogo, risulta necessario che l'impresa precedente abbia cessato di esistere giuridicamente: si vogliono evitare operazioni di “ingegneria finanziaria” che consentano l'impunità a comportamenti illeciti.

Secondo l'opinione dell'Avvocato Generale nel caso di specie non poteva dirsi soddisfatto il primo dei requisiti sopra elencati, in quanto il controllo risultava al 50% con una società terza. Non poteva dunque parlarsi di “medesimo soggetto economico”. Di detto concetto, inoltre, non avrebbe potuto accogliersi una nozione puramente oggettiva: ignorare il fatto che la

³²⁹ Conclusioni citate, punto 65.

persona che svolge l'attività è ancora esistente significherebbe, in ultima analisi “*contravvenire ai principi di colpevolezza e della personalità della sanzione*”³³⁰.

Al fine dell'individuazione del “successore” che possa essere considerato responsabile per le infrazioni commesse dal dante causa, le istituzioni comunitarie hanno cercato di enucleare taluni criteri. Nella pratica, sono state evidenziate³³¹ tre situazioni principali: la prima concerne l'ipotesi in cui l'impresa che ha commesso l'infrazione abbia personalità giuridica, ma la perda a seguito della sua incorporazione in altra società; la seconda riguarda il caso in cui l'impresa che ha commesso l'illecito conservi la personalità giuridica, ma ceda il ramo di azienda coinvolto nell'infrazione; la terza, infine, riguarda l'ipotesi in cui l'impresa coinvolta nell'illecito non abbia personalità giuridica al momento dell'illecito, ma successivamente la acquisti.

La prima delle ipotesi sopra menzionate è stata analizzata nel caso *Suiker Unie*³³², in cui tale società aveva inglobato quattro cooperative esistenti in precedenza. La Corte, al fine di giustificare la sanzione imposta a *Suiker Unie* – entità non esistente al momento dell'infrazione ed in considerazione del venire meno dei soggetti che realmente avevano commesso l'infrazione – ha sottolineato come essa avesse assunto tutti i diritti e gli obblighi delle quattro cooperative partecipanti alla vecchia società³³³ e pertanto dovesse essere considerata “*sul piano economico, come il successore tanto di quest'ultima quanto dei suoi soci, visto che questi hanno essi stessi inteso attribuirle tale funzione*”³³⁴. Dalla *ratio decidendi* sottesa a tale pronuncia, la

³³⁰ Conclusioni citate, punto 71. L'Avvocato Generale inoltre aggiunge (punto 72) che la soluzione accolta dal Tribunale comporterebbe un cambiamento radicale in quanto “*nell'esercizio del potere sanzionatorio si dovrebbe seguire il corso dell'attività imprenditoriale, per punire colui che la svolge nel momento in cui viene inflitta la sanzione; la responsabilità dovrebbe restare collegata all'impresa, all'attività e non alla persona fisica o giuridica che la esercita. Tale soluzione, esposta così in tutta la sua crudezza, prescindendo dal fatto che l'autore degli atti esiste ancora e può rispondere per esse, è inammissibile, in quanto ignora i suddetti principi*”.

³³¹ L. GARZANITI – G. SCASSELLATI-SFORZOLINI, *op.cit.*, p. 350.

³³² Sentenza della Corte del 16 dicembre 1975, *Cooperatieve Vereniging Suiker Unie U.A.* e a. c. Commissione, cause riunite 40 a 48, 50, 54, 55, 56 111, 113 e 114/73, in *Racc.*, 1975, p. 1663.

³³³ Sentenza *Suiker Unie*, *cit.* punto 83.

³³⁴ *Ibidem*. La Corte ha altresì annoverato tra gli elementi a favore della considerazione della *Suiker Unie* quale successore delle precedenti imprese la stessa denominazione sociale che era la medesima utilizzata in precedenza.

dottrina³³⁵ ha potuto evincere il principio in base al quale il successore economico e funzionale di un'impresa coinvolta in un'infrazione antitrust, che abbia assunto i beni e le responsabilità del predecessore e che continua la precedente attività, con la medesima denominazione sociale, può essere considerato responsabile per le azioni poste in essere dal proprio predecessore. Tale forma di responsabilità trova giustificazione nella considerazione che sarebbe possibile eludere l'applicazione del diritto della concorrenza e conseguentemente il relativo regime sanzionatorio, attuando riorganizzazioni societarie oppure modificando la denominazione sociale.

La seconda ipotesi sopra menzionata riguarda la possibilità che l'impresa coinvolta nell'illecito antitrust trasferisca il ramo d'azienda coinvolto nell'infrazione, come è avvenuto nel caso *Enichem Anic*. Il Tribunale ha giustificato il coinvolgimento della *Enichem Anic*, nonostante la cessione del settore dell'attività relativa al polipropilene, sulla base del fatto che essa continuava ad essere giuridicamente esistente. Anche in questo caso, dunque, le istituzioni comunitarie paiono aver voluto sottolineare che un'impresa che ha commesso un'infrazione del diritto della concorrenza non può andare esente da responsabilità unicamente cedendo la parte di attività coinvolta nell'illecito. Restano da specificare quelle "circostanze particolari" che nella giurisprudenza recente³³⁶ dei giudici del Lussemburgo, appaiono in grado di giustificare l'imputabilità al successore degli illeciti del dante causa, anche se questo è ancora esistente.

Il terzo caso concerne l'ipotesi in cui il soggetto che ha commesso l'illecito acquisti la personalità giuridica dopo la commissione dell'illecito. Ad oggi non paiono essersi presentanti casi sul punto, ma da un'interpretazione sistematica delle pronunce sopra citate parrebbe potersi evincere³³⁷ che la nuova entità dotata di personalità giuridica debba rispondere dell'illecito commesso dal predecessore. Ciò sempre al fine di evitare comode elusioni dell'applicazione del diritto della concorrenza.

Oltre ai requisiti sopra menzionati di continuità economica, ai fini dell'imputabilità dell'infrazione alla nuova entità, le istituzioni comunitarie paiono richiedere che effettivamente quest'ultima abbia avuto la possibilità di

³³⁵ L. GARZANITI – G. SCASSELLATI-SFORZOLINI, *op. cit.*, p. 350; C. KERSE – N. KHAN, *op. cit.*, p. 365.

³³⁶ Sentenza *NMH cit.*; sentenza *HFB cit.*; sentenza *Aarbolg cit.*.

³³⁷ L. GARZANITI – G. SCASSELLATI-SFORZOLINI, *op. cit.*, p. 351.

esercitare un certo controllo sull'attività svolta. In particolare, la Commissione ha ritenuto di non poter sanzionare un'impresa che aveva acquisito due società nel periodo immediatamente antecedente al termine dell'illecito commesso dalle società acquisite³³⁸.

Un'altra ipotesi presa in considerazione dalle istituzioni comunitarie riguarda l'imputabilità di un comportamento illecito nel caso in cui il mutamento della proprietà societaria intervenga mentre l'illecito è ancora in corso. In questo caso, la responsabilità deve essere imputata ad entrambe le entità che detenevano la proprietà delle società in questione, ognuna per il periodo in cui effettivamente ha potuto esercitare il controllo. La Corte ha infatti stabilito che *“la responsabilità per l'infrazione incombe alla persona fisica o giuridica che dirigeva l'impresa interessata al momento in cui l'infrazione è stata commessa, pur se alla data dell'adozione della decisione che ha constatato l'infrazione, la gestione dell'impresa fosse stata posta sotto la responsabilità di un'altra persona”*³³⁹. Conseguentemente i giudici del Lussemburgo hanno stabilito che la responsabilità per fatti anteriori all'acquisizione dovessero essere imputati direttamente alle società autrici dell'infrazioni e non in capo all'acquirente, il quale avrebbe dovuto rispondere solamente dei fatti intervenuti successivamente all'acquisizione stessa.

Tale impostazione non risulta essere pienamente condivisa da parte della dottrina³⁴⁰, la quale ritiene possibile sanzionare la società che ha acquisito il controllo per tutta l'infrazione contestata, al fine di perseguire un'efficace politica di deterrenza. Per supplire eventuali esigenze equitative che imporrebbero di non sanzionare una impresa per fatti che non ha direttamente commesso, potrebbe essere utilizzati strumenti contrattuali, come ad esempio un obbligo di manleva della società acquisita nei confronti dell'acquirente, per illeciti commessi prima dell'operazione societaria.

6. Imputabilità degli illeciti ai dipendenti

Da ultimo, una breve menzione merita l'aspetto riguardante la possibilità per un'impresa di essere considerata esente da responsabilità nel

³³⁸ Decisione della Commissione *Benelux Flat Glass*, in *GUCE* 1984 L 212, p. 13.

³³⁹ Sentenza della Corte del 16 novembre 2000, *Cascades Sa* c. Commissione, causa C-279/98P, in *Racc.*, 2000, p. I-9693.

³⁴⁰ W.P.J. WILS, *op. cit.*, p. 178.

caso in cui i propri dipendenti/dirigenti agiscano senza il *placet* dei soci o comunque esorbitando dai poteri conferiti statutariamente o contrattualmente.

La Corte ha affrontato espressamente il caso nella pronuncia *Pioneer*³⁴¹ stabilendo che l'applicazione dell'art. 81 CE “*non presuppone l'azione o quanto meno la consapevolezza dei soci o dei dirigenti principali dell'impresa interessata, ma l'azione di una persona che sia autorizzata ad agire per conto di questa*”³⁴².

Da tale statuizione di principio pare potersi evincere che un'impresa debba essere considerata responsabile per le azioni poste in essere da soggetti autorizzati ad agire in nome e per conto della stessa³⁴³, anche nel caso in cui detti soggetti agiscano oltre i limiti dei loro poteri. Sarà onere dell'impresa coinvolta dimostrare che essi non agivano per suo conto ed al di là dei loro poteri.

Di notevole interesse risulta essere la previsione di responsabilità penale personale di soggetti coinvolti in infrazioni della concorrenza ritenute particolarmente gravi recentemente introdotta nel diritto inglese³⁴⁴. Gli estremi del reato risultano integrati a prescindere sia dalla circostanza che l'impresa abbia realmente posto in essere la condotta illecita sia a prescindere dal fatto che i soggetti coinvolti possedessero o meno l'autorità per agire in nome e per conto dell'impresa al momento della commissione dell'illecito.

³⁴¹ Sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *SA Musique Diffusion Francaise e a. c.* Commissione, causa 100-103/80, in *Racc.*, 1983, p. 1825.

³⁴² Sentenza *Pioneer cit.*, punto 96.

³⁴³ Secondo parte della dottrina J. A. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 118 una impresa avrebbe comunque la facoltà di dimostrare che il personale coinvolto nell'infrazione ha agito esorbitando dai poteri conferiti. Rimane però da analizzare la possibilità per un'impresa di non essere sanzionata in tali casi. Ci pare che l'impresa debba essere comunque chiamata a rispondere dell'operato dei suoi dipendenti, ancorché per azioni poste in essere oltre i limiti dei poteri conferiti, in virtù dell'orientamento dottrinale in base al quale l'impresa risponde direttamente per gli illeciti commessi dal proprio personale, soprattutto se in posizione apicale. Il fondamento di tale responsabilità viene individuato nelle carenze organizzative dell'ente, che non hanno consentito un'efficace controllo dei soggetti che agivano all'interno dell'impresa. Sul tema si veda M. ROBERTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridiche e le vicende modificative*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 1127 e ss..

³⁴⁴ *Enterprise Act 2002, Section 188 e ss.* Per ampi riferimenti, cfr. M. FURSE – S. NASH, *The Cartel Offence*, Oxford, Portland, Oregon, 2004.

7. Principio di responsabilità personale e pratica del grouping

Secondo quanto disposto negli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA³⁴⁵, pacificamente applicabile anche nella vigenza del nuovo regolamento n. 1/2003, oggi sostituiti dai nuovi Orientamenti sui quali si rimanda al prossimo capitolo, la Commissione, al fine di determinare l'ammontare dell'ammenda, nel caso di infrazioni che coinvolgevano più imprese, poteva procedere, in determinati casi, alla ponderazione dell'importo dell'ammenda. Ciò al fine di tener conto del peso specifico e dunque dell'impatto reale sulla concorrenza del comportamento configurante infrazione di ciascuna impresa, in particolare in presenza di una disparità considerevole nella dimensione delle imprese che commettevano il medesimo tipo di infrazione e di adattare, conseguentemente, l'importo di base secondo le caratteristiche specifiche di ogni impresa. Oggi, i nuovi Orientamenti stabiliscono che, nell'ambito di un importo di base diversificato per ogni singola impresa in proporzione al valore delle vendite, la Commissione può procedere alla fissazione di un importo di base identico solo se il valore delle vendite è simile.

La Commissione, pertanto, nei casi di infrazioni commesse da più imprese di dimensioni diverse, al fine di tenere conto dell'effettiva capacità delle imprese di provocare danni significativi e della necessità di assicurare che l'importo dell'ammenda possa produrre un effetto dissuasivo sufficiente, ha proceduto a dividere le imprese in gruppi o categorie³⁴⁶. E' stato osservato³⁴⁷ come da un lato, tale approccio forfetario per la commisurazione della sanzione abbia un notevole impatto psicologico, ma dall'altro come esso crei talune difficoltà per le infrazioni collettive che coinvolgono numerose imprese. Sulla base dei meccanismi di calcolo contenuti negli Orientamenti del 1998 e che sono teoricamente volti a stabilire un trattamento differenziato per le varie imprese, la Commissione ha sviluppato la propria pratica decisionale, che però è stata tacciata di opacità, imprevedibilità ed eccessiva complessità,

³⁴⁵ IN GUC 9 del 14 gennaio 1998, p. 3 e ss.

³⁴⁶ Sentenza del tribunale del 13 dicembre 2001, *Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables SA (Acerinox)* c. Commissione, causa T-48/98, in *Racc.*, 2001, p.II-3859.

³⁴⁷ G. ROCCA, *La politique de la Commission en matière de amendes antitrust: récents développements, perspectives d'avenir*, 2003, reperibile sul sito http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_004_fr.pdf.

come meglio si vedrà nel prossimo capitolo. In particolare, l'istituzione comunitaria ha sviluppato la cosiddetta pratica del *grouping* che, almeno nelle intenzioni, dovrebbe consentire di graduare la responsabilità propria di ciascuna impresa alla commissione dell'infrazione³⁴⁸. La suddivisione per lo più avviene sulla base dell'importanza relativa delle imprese sul mercato interessato, in quanto si ritiene che il grado di responsabilità possa essere determinato dalla potenza di mercato dell'impresa. La prassi dell'istituzione comunitaria, tuttavia, non risulta univoca con riferimento agli elementi da prendere in considerazione per effettuare la valutazione circa l'importanza relativa: infatti, a volte viene preso come riferimento il fatturato a livello mondiale ed altre volte quello relativo al mercato comunitario³⁴⁹. Al fine di giustificare tali differenziazioni, è stato rilevato³⁵⁰ come la valutazione dell'effettiva capacità economica dei colpevoli pregiudicare sensibilmente la concorrenza implica una valutazione della reale importanza di tali imprese sul mercato interessato, ossia del loro influsso su quest'ultimo. Il fatturato complessivo può fornire soltanto una visione incompleta dello stato dei fatti. Non si può escludere che un'impresa potente avente una moltitudine di attività differenti sia presente soltanto in modo accessorio su un mercato di prodotti specifico. Allo stesso modo non si può escludere che un'impresa con una posizione importante su mercato geografico extracomunitario disponga soltanto di una debole posizione sul mercato comunitario. In tali ipotesi, il semplice fatto che l'impresa in questione realizzi un fatturato complessivo importante non significa necessariamente che essa eserciti un influsso determinante sul mercato di cui trattasi. Le quote di mercato detenute da un'impresa pertanto, da un lato, non possono essere determinanti per concludere che essa fa parte di un gruppo economico potente e, dall'altro, dette quote sono però rilevanti al fine di determinare l'influsso che l'impresa in questione ha potuto esercitare sul mercato.

³⁴⁸ Risulta affermazione ricorrente delle istituzioni comunitarie che nel caso in cui un'infrazione del diritto della concorrenza sia commessa da più imprese, si renda necessario, al fine di stabilire l'esatto ammontare dell'ammenda, individuare con esattezza il rispettivo ruolo e la durata della loro partecipazione, unitamente all'esistenza di circostanze attenuanti ed aggravanti (cfr. sul punto sentenza del tribunale del 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon Co. Ltd* e altri c. Commissione, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

³⁴⁹ Sentenza *Tokai cit.*, *supra* nota 152.

³⁵⁰ Sentenza del Tribunale del 25 novembre 2005, *Union Pigments AS* c. Commissione, causa T-62/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 152.

Tale impostazione, seppur corretta con riferimento all'accertamento dell'impatto sulla concorrenza può, però, condurre a risultati iniqui dal punto di vista della deterrenza. Infatti, assumendo come parametro di riferimento per la suddivisione la quota detenuta dalle imprese nel mercato coinvolto, può accadere che non si tenga in debita considerazione la reale potenza economica di talune imprese che possiedono una diversificazione delle varie attività. Nel caso sopra esposto relativo alla circostanza in cui imprese di notevoli dimensioni possiedano, nondimeno, una quota modesta nel mercato rilevante e siano conseguentemente posti in una categoria che non rispecchia pienamente detta potenza, la Commissione ha ritenuto opportuno applicare un fattore moltiplicatore, che consente di aumentare l'ammenda affinché essa abbia un effetto sufficientemente dissuasivo. L'approccio del moltiplicatore consente quindi di commisurare la sanzione alle dimensioni globali dell'impresa e non solo quelle relative al mercato rilevante. Contro le critiche che invece considererebbero appropriato una commisurazione della sanzione solo al mercato coinvolto nell'illecito, è stato osservato³⁵¹ come il moltiplicatore consenta anche di tenere in considerazione che la probabilità che l'infrazione venga scoperta. Elemento questo che secondo le teorie economiche dovrebbe essere tenuto in considerazione unitamente alla sanzione attesa. Ciò comporta che le imprese di notevoli dimensioni evitino di diversificare la loro attività al fine di poter meglio assorbire l'ammenda.

La prassi della divisione in gruppi solleva numerose questioni che attengono al principio della responsabilità personale, determinatezza e proporzionalità della sanzioni. Tale ultimo aspetto sarà oggetto di analisi nel successivo capitolo 5³⁵². Il tema della colpevolezza assume rilevanza in quanto l'elemento soggettivo deve essere tenuto in considerazione al fine di modulare la sanzione alle circostanze del caso: una risposta punitiva differenziata, oltre che ad essere richiesta in virtù del principio della parità di trattamento, contribuisce a rendere il più possibile personale la responsabilità (penale)³⁵³. Le pene fisse, infatti, seppur rappresentano una risposta omogenea ed

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² In particolare, si vuole fare riferimento al fatto che quando la Commissione suddivide le imprese in categorie, la determinazione delle soglie di appartenenza per ogni singola categoria in tal modo individuata deve essere coerente ed obiettivamente giustificata.

³⁵³ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 232.

indifferenziata rispetto a fatti illeciti che astrattamente corrispondono alla fattispecie legalmente vietata, non consentono una diversificazione in rapporto alla gravità ed alla colpevolezza³⁵⁴.

La divisione in categorie, quindi, astrattamente consente di perseguire tale fine di differenziazione della pena, in quanto come risulta dalla giurisprudenza, qualora un'infrazione sia stata commessa da più imprese, è necessario determinare la gravità relativa della partecipazione di ciascuna di esse all'infrazione³⁵⁵. Tale esigenza “*costituisce la conseguenza logica del principio di personalità delle pene e delle sanzioni, secondo il quale un'impresa può essere sanzionata esclusivamente per fatti ad essa individualmente ascritti, principio applicabile in qualsiasi procedimento amministrativo suscettibile di concludersi con l'inflizione di sanzioni in forza della normativa comunitaria sulla concorrenza*”³⁵⁶. Alcuni dubbi sono però stati sollevati con riferimento al principio della valutazione individuale³⁵⁷, in quanto detta suddivisione non consentirebbe di tener conto delle dimensioni di ogni singola impresa in seno ad ogni singolo gruppo. I giudici comunitari hanno statuito che la suddivisione in gruppi in funzione delle dimensioni delle imprese interessate contribuisce all'obiettivo di sanzionare più severamente le grandi imprese in quanto, con tale metodo, alle imprese appartenenti ai gruppi di imprese di maggiori dimensioni vengono inflitte ammende di importo superiore rispetto a quelle inflitte alle imprese appartenenti ai gruppi di imprese di dimensioni minore; a nessuna impresa di grandi dimensioni verrebbe così applicato un importo di base inferiore a quello applicato ad un'impresa di dimensioni minori³⁵⁸. Secondo l'impostazione dei giudici comunitari, ciò non comporta, però, per la Commissione il dovere di assicurare che gli importi finali tengano conto di tutte le differenze esistenti tra le imprese con riferimento al loro fatturato complessivo³⁵⁹. Astrattamente, la

³⁵⁴ M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 143.

³⁵⁵ Sent. *Union Pigments*, cit., punto 118; sentenza della Corte dell'8 luglio 1999, causa C-51/92P, *Hercules Chemicals c. Commissione*, in Racc., 1999, p.I-4235, punto 110; sentenza della Corte del 16 dicembre 1975, *Suiker Unie* cit...

³⁵⁶ Sent. *Union Pigments*, cit., punto 119.

³⁵⁷ Sentenza del Tribunale del 19 marzo 2003, *CMA CGM e a. c. Commissione*, causa T-213/00, in Racc. 2003, p.II-913, punto 358.

³⁵⁸ Sentenza *CMA CGM* cit., punto 384.

³⁵⁹ Cfr. sul punto sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, causa T-23/99, *LR AF 1998 c. Commissione*, in Racc., 2002, p. II-1705, punto 278; sent. *Tokai* cit., punto 217.

pratica della suddivisione in gruppi può, quindi, costituire una violazione del principio della parità di trattamento in quanto in seno ad ogni singolo gruppo possono essere trattate in modo identico imprese che si trovano in situazioni diverse o imprese che si trovano in posizioni diverse potrebbero essere trattate in maniera analoga³⁶⁰. Nella fattispecie in cui è stato evidenziato tale problema, il Tribunale ha però rilevato come, in realtà, un differente trattamento delle imprese all'interno di un medesimo gruppo potesse trovare una giustificazione in virtù della preminenza accordata alla gravità dell'infrazione piuttosto che alle dimensioni delle imprese coinvolte.

8. Superamento del limite del 10% del fatturato nei calcoli intermedi e principio di personalità della pena

Un'ulteriore problema che è stato affrontato dalle istituzioni comunitarie nell'ambito della prassi relativa alla suddivisione in gruppi, anche se non strettamente connesso, attiene al superato della soglia del 10% del fatturato globale nelle operazioni intermedie di calcolo dell'ammontare della sanzione. Tale tema concerne sia il principio della personalità della pena sia quello di proporzionalità.

La materia del contendere si riferisce principalmente alle ipotesi in cui la Commissione, nel procedimento di calcolo della sanzione, così come sopra descritto, raggiunge o supera il limite del 10% del fatturato. A tal proposito, le imprese³⁶¹ hanno rilevato come qualsiasi modulazione del calcolo in funzione della durata o circostanza attenuanti al di sopra di tale soglia, non avrebbe alcuna incidenza sull'ammontare finale dell'ammenda, in quanto esso andrebbe comunque riportato entro tale soglia. In particolare, è stata posta in rilievo l'iniquità, per le piccole e medie imprese, cui può condurre l'applicazione delle somme forfetarie previste negli Orientamenti del 1998, in quanto spesso già l'importo di base supera il limite del 10% del fatturato di dette imprese. In questi casi, dunque, il limite del 10% non opera come limite insuperabile fin dall'inizio delle operazioni di calcolo, ma solo come un limite finale ai fini dell' "abbattimento" dell'ammenda per la parte eccedente tale

³⁶⁰ Sent. *CGM cit.* punto 407.

³⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 25 giugno 2005, rese nella causa *Dansk Rorindustri cit.*, punto 95.

soglia³⁶². L'avvocato generale Tizzano ha posto in evidenza come il limite del 10% del fatturato persegua lo scopo precipuo di evitare che le ammende siano sproporzionate alle dimensioni dell'impresa oggetto della sanzione. Secondo detta opinione, l'automatismo di calcolo previsto negli Orientamenti e insito nel limite del 10% potrebbe però incidere sul principio di proporzionalità inteso in senso relativo, ossia quale principio volto ad assicurare che la sanzione sia personalizzata e pertanto proporzionata alla gravità dell'infrazione e alle altre circostanze, soggettive ed oggettive di ciascun caso. Tale aspetto relativo del test di proporzionalità assumerebbe notevole importanza nel caso delle infrazioni collettive in quanto l'esigenza di proporzionalità richiede che venga esaminato il peso relativo della partecipazione di ciascuna impresa³⁶³. Nonostante tali affermazioni di principio, l'Avvocato Generale ha però confermato l'impostazione della Commissione, sottolineando come nulla vieti³⁶⁴ ad essa di fare riferimento nel corso del suo calcolo ad un importo che superi il 10% del fatturato, a condizione però che tale limite non venga superato nell'importo finale. Nonostante tale legittimità formale, l'Avvocato Generale ha però sottolineato come tale sistema possa dare adito a taluni rischi sotto il profilo dell'equità. A suo avviso, infatti, non risulterebbe perfettamente coerente con le esigenze di individualizzazione e gradazione della pena, il fatto che una parte delle operazioni di calcolo rivesta un carattere meramente formale ed astratto e dunque non atto a ripercuotersi sull'importo finale. Si starebbe delineando una situazione nuova, che probabilmente richiederebbe qualche *“correzione di rotta che consent[isse] di garantire in ogni caso risultati conformi a generali esigenze di ragionevolezza ed equità”*³⁶⁵. Non pare però che i nemmeno i nuovi Orientamenti saranno in grado di modificare tale situazione, come

³⁶² Conclusioni cit. punto 116.

³⁶³ Conclusioni cit. punto 107.

³⁶⁴ Ciò sulla base del rilievo che l'art. 15 n. 2 (ma il nuovo art. 23 par. 2 del reg. 1/2003 è pressoché identico sul punto) definisce l'ammontare dell'ammenda in due passaggi successivi, ossia la fissazione di essa tra un minimo e un massimo (oggi tale previsione è stata espunta dal testo, ma le considerazioni qui di seguito esposte non paiono aver perso significato) e la possibilità di superare il massimo, a condizione comunque che la sanzione rimanga entro il limite del 10% del fatturato. La fissazione del tetto massimo consentirebbe, dunque, alla Commissione un notevole margine di discrezionalità nelle modalità di calcolo della sanzione. Tale sistema comporterebbe, inevitabilmente, degli appiattimenti o livellamenti, in quanto, per definizione, un tetto massimo rappresenta un limite assoluto che si applica automaticamente, nel caso in cui venga raggiunta una determinata soglia e indipendentemente da ogni altro elemento di valutazione (punto 126 conclusioni cit.).

³⁶⁵ Conclusioni cit., punto 133.

meglio verrà evidenziato nel Capitolo 5.

9. Circostanze aggravanti ed attenuanti: premesse

Al fine di graduare l'ammenda alle specifiche circostanze di un'impresa ed in ossequio al principio della personalità delle sanzioni³⁶⁶, gli Orientamenti del 1998 e successivamente anche quelli recentemente pubblicati, prevedono la possibilità di effettuare maggiorazioni o diminuzioni in relazione alla presenza di circostanze aggravanti o attenuanti. La diversificazione delle ammende, infatti, è *“la conseguenza logica del principio di personalità delle pene e delle sanzioni, secondo il quale un'impresa può essere sanzionata esclusivamente per fatti ad essa individualmente ascritti, principio applicabile in qualsiasi procedimento amministrativo suscettibile di concludersi con l'inflizione di sanzioni in forza della normativa comunitaria sulla concorrenza”*³⁶⁷. La presa in considerazione di circostanze aggravanti ed attenuanti risulta particolarmente indicata nel caso di infrazioni commesse da più imprese, in quanto è necessario determinare la gravità della partecipazione di ciascuna di essa all'infrazione³⁶⁸.

Mutuando una definizione penalistica, le circostanze aggravanti e attenuanti rappresentano *“elementi accidentali o accessori del reato, i quali senza influire sulla sua esistenza giuridica, modificano l'entità della pena, in termini quantitativi ovvero anche qualitativi”*³⁶⁹.

In linea generale, si può affermare che la funzione delle circostanze è duplice: da un lato, esse permettono un migliore adeguamento della pena al caso concreto, riducendo il divario tra l'astrattezza della fattispecie e la varietà

³⁶⁶ Sull'argomento vedi *infra* Capitolo 3. E' affermazione ricorrente della giurisprudenza che “qualora un'infrazione sia stata commessa da più imprese, è necessario, nell'ambito della determinazione dell'importo delle ammende, determinare la gravità relativa della partecipazione di ciascuna di esse (...), il che implica, in particolare, l'accertamento dei rispettivi ruoli nell'infrazione per il periodo della loro partecipazione a quest'ultima” (cfr. ex multis, sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Archer Daniels Midland Company* e *Archer Daniels Midland Ingredients Ltd* c. Commissione, causa T-224/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2597, punto 238).

³⁶⁷ Sentenza del Tribunale del 13 dicembre 2001, *Krupp Thyssen Stainless* e *Acciai Speciali Terni* c. Commissione, causa T-45/98, in *Racc.*, 2001, p. II-3757, punto 63; sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005, *Union Pigments AS* c. Commissione, T-62/02, in *Racc.*, 2005, p. II-5057, punto 119.

³⁶⁸ Sent. *Suiker Unie*, cit.; sentenza *Union Pigments AS* cit

³⁶⁹ T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 1999, p. 323.

delle condizioni concrete³⁷⁰; dall'altro, in ossequio al principio della certezza del diritto, imbrigliano il potere del giudice nella determinazione della pena³⁷¹. Il giudice risulta, pertanto, vincolato alla concessione di aumenti o riduzioni di pena al verificarsi di determinate circostanze elencate dal legislatore. Ciò consente una certa flessibilità nella commisurazione della pena e nel suo adattamento al caso concreto e, contestualmente, anche che un soggetto possa prevedere le conseguenze delle proprie azioni.

Nel caso delle sanzioni antitrust, tale seconda funzione è attuata in maniera anomala, in quanto la previsione delle circostanze non deriva da una predeterminazione del legislatore comunitario, ma promana direttamente dalla stessa Commissione, ossia dall'organo che, in concreto, ha il compito di decidere il *quantum* della sanzione. Come si vedrà nel successivo capitolo 5, tale elemento è stato foriero di numerose censure da parte delle imprese coinvolte in illeciti concorrenziali. I giudici comunitari hanno però affermato la piena legittimità degli Orientamenti della Commissione, poiché rimangono nei limiti stabiliti dal legislatore³⁷². L'unico limite alla loro applicazione è stato individuato nel fatto che la Commissione non possa discostarsi dalle regole che essa stessa si è data: *“quando la Commissione adotta orientamenti destinati a precisare, nel rispetto del trattato, i criteri che intende applicare nell'esercizio del suo potere discrezionale, ne deriva un'autolimitazione di questo potere in quanto essa è tenuta a conformarsi alle norme indicative che essa stessa si è imposta”*³⁷³.

Le circostanze si distinguono, quindi, dai criteri di 'gravità' e 'durata' previsti dal legislatore comunitario, che sono gli unici elementi volti a fornire indicazione per la commisurazione dell'entità dell'ammenda. La gravità dell'infrazione dipende, infatti, dall'attitudine del comportamento 'incriminato' a minare gli obiettivi del Trattato, indipendentemente dal contributo di ciascuna impresa nell'infrazione e dal grado di colpevolezza individuale, mentre le circostanze si riferiscono alla riprovevolezza del

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 324.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² Per maggiori riferimenti vedi *infra* Capitolo 5.

³⁷³ Cfr. sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Daesang Corp.* e a. c. Commissione, causa T-223/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2733.

comportamento individuale delle imprese³⁷⁴. La valutazione dei criteri di gravità e durata, poi, è sempre sussistente in quanto prevista normativamente; inoltre, la loro valenza è 'neutra', nel senso che possono orientare la sanzione tanto verso il basso quanto verso l'alto³⁷⁵, al contrario delle circostanze che possiedono un significato univoco o attenuante o aggravante.

10. Contenuto degli Orientamenti

Gli Orientamenti del 1998 prevedevano una elencazione, meramente esemplificativa, di circostanze che potevano condurre ad una maggiorazione o una diminuzione della sanzione. L'adeguamento dell'ammenda in virtù di tali circostanze doveva avvenire una volta stabilito l'importo di base in relazione alla gravità e durata dell'infrazione. A proposito delle modalità di calcolo, i giudici comunitari hanno ritenuto che le percentuali corrispondenti agli aumenti o alle riduzioni, dovessero essere applicati all'importo di base dell'ammenda, determinato in funzione della gravità e della durata dell'infrazione, e non all'importo di una maggiorazione applicata in precedenza in funzione della durata dell'infrazione o al risultato dell'attuazione di una prima maggiorazione o riduzione per effetto di una circostanza attenuante o aggravante³⁷⁶. Secondo questa impostazione, dunque, una volta calcolata la percentuale di riduzione in virtù delle circostanze attenuanti, essa doveva essere sottratta all'importo di base. Alla somma così calcolata, doveva poi essere applicata la maggiorazione prevista dalle circostanze aggravanti. In alternativa, e con i medesimi risultati, poteva essere effettuato un congruaggio tra le percentuali di riduzione delle aggravanti e quelle di maggiorazione delle attenuanti e applicare all'importo di base la percentuale residua di differenza.

Tra le circostanze aggravanti, la Commissione indicava, in via esemplificativa: la recidiva per la medesima impresa e per infrazioni del medesimo tipo, il rifiuto di qualsivoglia cooperazione o tentativi di ostruzionismo durante l'inchiesta, il ruolo di leader o di istigatore, la messa in

³⁷⁴ Sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e a. c.* Commissione, causa riunite da T- 259/02 a T-264/02 e T-271/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 232.

³⁷⁵ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 323.

³⁷⁶ Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Commissione*, causa T-224/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2597, punto 378.

opera di misure di ritorsione nei confronti delle altre imprese per far rispettare le pratiche configuranti l'infrazione ed infine veniva prevista la possibilità di maggiorazioni per superare gli utili derivanti dall'infrazione nella misura in cui questi fossero misurabili. Tra le circostanze attenuanti venivano menzionati: il ruolo passivo o emulativo, la non applicazione della pratica abusiva, l'esistenza di un dubbio ragionevole circa il carattere di infrazione del comportamento restrittivo della concorrenza, infrazioni commesse per negligenza e non intenzionalmente, una collaborazione effettiva durante l'inchiesta, al di fuori dell'ambito di applicazione della Comunicazione sulla non applicazione delle ammende.

Gli Orientamenti del 2006 riprendono tale elencazione, sempre in maniera esemplificativa, ma con talune differenze. In particolare, la modifica di maggior rilievo è quella relativa alla recidiva, poiché si prevede che nel caso in cui un'impresa continui o ripeta la stessa infrazione o un'infrazione simile dopo che la Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza abbiano constatato che tale impresa ha violato le disposizioni dell'articolo 81 o 82, la Commissione possa aumentare l'importo di base del 100% ogni volta che venga accertata un'infrazione di questo tipo. Tra le circostanze aggravanti vengono annoverate: il rifiuto di cooperazione o ostruzionismo da parte dell'impresa durante lo svolgimento dell'indagine; il ruolo di capofila o istigatore dell'infrazione³⁷⁷. Tra le circostanze attenuanti, vengono menzionate: la prova di aver posto fine alle attività illecite immediatamente dopo i primi interventi della Commissione, tranne il caso in cui si tratti di cartelli o comunque accordi di natura segreta; la prova di aver commesso l'infrazione per mera negligenza; la prova che la partecipazione dell'impresa all'infrazione sia stata sostanzialmente marginale unitamente a quella relativa al fatto che l'impresa non ha dato applicazione agli accordi adottando un comportamento concorrenziale sul mercato³⁷⁸; la collaborazione efficace dell'impresa al di fuori dell'ambito di applicazione dei programmi di clemenza e di quanto imposto dal regolamento n. 1/2003; se il comportamento

³⁷⁷ Viene previsto che per la Commissione l'obbligo di vagliare attentamente le eventuali misure adottate per costringere altre imprese a partecipare all'infrazione e/o alle misure di ritorsione prese nei confronti di altre imprese al fine di far rispettare le pratiche costituenti l'infrazione.

³⁷⁸ Viene specificato che il fatto che un'impresa abbia partecipato ad un'infrazione per una durata inferiore rispetto alle altre imprese non costituisce di per sé una circostanza attenuante, poiché di tale circostanza già si è tenuto conto nella determinazione dell'importo di base.

anticoncorrenziale è stato autorizzato o incoraggiato dalle autorità pubbliche o per legge.

Come si vedrà nel successivo Capitolo 5, gli Orientamenti hanno subito numerose censure da parte delle imprese proprio per il loro linguaggio ambiguo. Lo stesso è avvenuto per le circostanze attenuanti ed aggravanti. La loro applicazione ed il fatto che si tratta di una categoria ‘aperta’ ha creato, infatti, un notevole *corpus* giurisprudenziale che però non sempre ha contribuito a chiarire taluni concetti indeterminati. A tal proposito, è stato osservato³⁷⁹ che la Commissione ha adottato un approccio ‘caso per caso’, dando luogo ad una sorta di area grigia, in cui è estremamente difficoltoso trovare chiari precedenti che possano fungere da ausilio per l’interprete. La prassi della Commissione e dei giudici comunitari prima dell’emanazione degli Orientamenti è stata caratterizzata dall’assenza di precisi punti fermi e dall’assoluta discrezionalità dell’istituzione comunitaria in materia. Era affermazione ricorrente che “(...) *il fatto che la Commissione abbia ritenuto, nella sua prassi decisionale anteriore, che taluni elementi costituissero circostanze attenuanti ai fini della determinazione dell’importo dell’ammenda, non implica che essa sia costretta ad effettuare la medesima valutazione in una decisione successiva*”³⁸⁰.

Come sopra accennato, con l’emanazione degli Orientamenti, i giudici del Lussemburgo, in linea di principio, hanno stabilito che la Commissione è tenuta a seguire le regole che essa stessa si è data.

Ciò non ha impedito la reiterazione della affermazione relativa all’ampia discrezionalità della Commissione in materia, stavolta con riferimento alla percentuale di riduzione applicata: “*il solo fatto che la Commissione abbia concesso, nella sua prassi decisionale precedente, un determinato tasso di riduzione per un determinato comportamento non implica che essa sia tenuta a concedere la stessa riduzione proporzionale in occasione della valutazione di un comportamento analogo nell’ambito di un procedimento amministrativo successivo*”³⁸¹. I giudici comunitari cercano di

³⁷⁹ C. KERSE – N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2005, p. 394.

³⁸⁰ Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Mayr Melnhof Kartongesellschaft mbH c. Commissione*, causa T-347/94, in *Racc.*, 1998, p. II- 1751, punto 368; nello stesso senso sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Cascades SA c. Commissione*, causa T-308/98, in *Racc.*, 1998, p. II-925, punto 230.

³⁸¹ Sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *LR AF 1998 a/s c. Commissione*, causa T-23/99, in *Racc.*, 2002, p. II- 1705, punto 244. Non solo. I giudici del Lussemburgo (sentenza

assicurare che il principio di legalità e legittimo affidamento siano rispettati in relazione alla medesima infrazione commessa da più imprese³⁸², ma dimostrano di non tenerne conto in relazione ad infrazioni differenti³⁸³. In relazione al principio del legittimo affidamento, infatti, è stato rilevato come esso debba conciliarsi con il rispetto del principio di legalità, secondo cui nessuno può far valere, a proprio vantaggio, un illecito commesso a favore di altri³⁸⁴.

Lo scopo dei successivi paragrafi consiste, dunque, in analisi dell'applicazione delle circostanze aggravanti ed attenuanti nei casi concreti al fine di verificare se la giurisprudenza esistente in materia consente alle imprese ed agli operatori, di poter prevedere le modalità applicative ed il grado di riduzione delle ammende in virtù della presenza di circostanze attenuanti ed aggravanti.

11. Recidiva

Con il concetto di recidiva si intende la condizione di un soggetto che risulta già essere stato condannato per un illecito e ne commette un altro. E' stato osservato³⁸⁵ che, in una prospettiva retribuzionistica, ossia una prospettiva che vede una stretta proporzionalità tra illecito e pena, la recidiva non dovrebbe assumere alcuna rilevanza, poiché *“il nuovo reato non diviene più grave solo perché il suo autore ne ha già commesso in precedenza un*

del Tribunale di primo grado del 25 ottobre 2005, *Groupe Danone c. Commissione*, causa T-38/02, in *Racc.*, 2005, p. II-4407) si sono spinti oltre, fine ad arrivare ad affermare che la stessa applicazione delle circostanze aggravanti ed attenuanti può essere sottoposta ad alcuni distinguo. A tal proposito, è stata reiterata la statuizione, ricorrente prima dell'emanazione degli Orientamenti, in base alla quale il fatto che nelle precedenti decisioni la Commissione abbia considerato che certi elementi non costituiscono una circostanza aggravante ai fini della determinazione dell'ammontare dell'ammenda, non implica che essa sia tenuta ad effettuare la medesima valutazione in decisioni successive (punto 57). Tale impostazione non appare oggi del tutto accettabile. Con gli Orientamenti, la Commissione ha, per certi versi, limitato la propria discrezionalità e pertanto non pare più possibile sostenere una loro applicazione a “macchia di leopardo”.

³⁸² Si veda ad esempio la sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *ABB Asea Brown Boveri Ltd. c. Commissione*, causa T-31/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1881, in cui il Tribunale ha concesso un'ulteriore riduzione del 30% dell'ammenda in virtù di una violazione del principio di parità di trattamento.

³⁸³ C. KERSE – N. KHAN, *op. cit.*, p. 395.

³⁸⁴ Cfr. sul punto sentenza del Tribunale dell'11 dicembre 2003, *Minoan Lines c. Commissione*, causa T-66/99, in *Racc.*, 2003, p. II-5525, punto 334.

³⁸⁵ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 347.

altro”³⁸⁶. Ciò non di meno, la recidiva assume rilevanza sotto il profilo della colpevolezza³⁸⁷, poiché attraverso la reiterazione di uno stesso comportamento illecito, un soggetto dimostra insensibilità nei confronti del precetto³⁸⁸. La recidiva consiste, dunque, in un elemento soggettivo e non fa parte delle caratteristiche oggettive di un illecito.

Al fine di salvaguardare le esigenze di legalità e di certezza del diritto, la recidiva dovrebbe essere specifica, ossia riferita alla stessa tipologia di illeciti³⁸⁹, temporanea³⁹⁰, ossia limitata ad illeciti commessi entro un determinato lasso di tempo e obbligatoria³⁹¹, cioè applicata in ogni caso dal giudice³⁹².

A proposito della recidiva, è stato osservato³⁹³ come essa sollevi taluni dubbi sulla sua conformità al principio della certezza del diritto. In particolare, ci si è domandanti se la recidiva, così come individuata dagli Orientamenti, possieda una sufficiente base legale; se l’applicazione di tale circostanza aggravante ad infrazioni commesse prima dell’emanazione degli Orientamenti comporti una violazione del principio di irretroattività; se il fatto che non sia previsto un limite temporale per la presa in considerazione di illeciti precedenti sia conforme al principio di legalità.

Con riferimento alla prima questione, ovvero della legittimità della previsione della recidiva negli Orientamenti e non in uno strumento legislativo, merita osservarsi che recentemente si è avuta una pronuncia, da

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ Su tale argomento si rinvia al Capitolo 4.

³⁸⁸ Sul argomento si veda anche K. NORDLANDER, *The Commission’s Policy on Recidivism: legal certainty for repeat offender?*, in *Competition Law Review*, 2005, p. 55 e ss..

³⁸⁹ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 347. Nel settore penale si conoscono diverse tipologie di recidiva: semplice, ossia la mera commissione di un altro reato dopo una precedente condanna; aggravata, quando il nuovo reato è della stessa indole del precedente o viene commesso in un certo lasso temporale stabilito dal legislatore; reiterata, ossia la recidiva di chi è già recidivo.

³⁹⁰ *Ibidem*.

³⁹¹ *Ibidem*. Si noti che nel nostro ordinamento, con le modifiche introdotte dal d.l. 99/1974 convertito in legge 220/1974, si è adottato un regime facoltativo per la recidiva, nel senso che al giudice è lasciata discrezionalità nella decisione di eventuali aumenti di pena, poiché “occorre valutare il significato della recidiva in termini di insensibilità del reo verso i precetti dell’ordinamento e (...) tener conto del valore sintomatico ch’essa assume rispetto alla futura commissione di nuovi reati” (così T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 348).

³⁹² E’ stato anche rilevato (K. NORDLANDER, *op. cit.*, p. 56) come la recidiva debba essere interpretata restrittivamente poiché comporta una deroga al principio del *ne bis in idem*, in quanto si basa sull’esistenza di una infrazione commessa in passato e già sanzionata. Per maggiori riferimenti sul principio del *ne bis in idem*, si veda *infra* Capitolo 2.

³⁹³ K. NORDLANDER, *op. cit.*, p. 56.

parte del Tribunale³⁹⁴ in materia, confermata dalla Corte in sede di impugnazione³⁹⁵, che ne ha affermato la corrispondenza a diritto. L'impresa ricorrente, nel caso analizzato dai giudici del Lussemburgo, aveva fatto valere l'illegittimità dell'istituto della recidiva sotto numerosi profili. In primo luogo, l'impresa ha rilevato³⁹⁶ come la previsione della recidiva comporti una violazione della delega di poteri conferita dall'art. 15 del regolamento alla Commissione, che abilita l'istituzione comunitaria a determinare l'entità delle ammende solo in funzione della gravità e della durata dell'infrazione. Nelle normative nazionali degli Stati membri, la recidiva sarebbe intesa non come elemento di valutazione obiettiva della gravità dei fatti, ma quale elemento soggettivo dell'autore dell'infrazione, inteso quale tendenza alla commissione di illeciti. La Commissione sarebbe incorsa in uno sviamento di potere, poichè si sarebbe arrogata il potere di prevedere un aggravamento della sanzione in funzione della recidiva, senza essere espressamente legittimata; inoltre essa decide in maniera assolutamente discrezionale le modalità applicative di tale istituto. Secondo la ricorrente, il fatto che in passato il Tribunale abbia riconosciuto, in taluni casi, la nozione di recidiva³⁹⁷, non significa che esso si sia mai pronunciato sulla legittimità di tale istituto, né in relazione all'art. 15 del regolamento n. 17, né in riferimento ai principi generali di diritto comunitario; pertanto, il principio della recidiva non sarebbe mai stato sancito. Sempre secondo l'impostazione difensiva³⁹⁸, anche se la Commissione, al momento di commisurazione dell'ammenda, può prendere in considerazione infrazioni precedenti al fine di constatare il carattere intenzionale di un dato illecito, ciò non implica che l'esistenza di un'infrazione precedente possa condurre ad un aumento della sanzione in funzione della recidiva, in assenza di una espressa autorizzazione legislativa in tal senso. Detto aumento equivarrebbe alla creazione di un nuovo tipo di sanzione, che si sommerebbe a quella principale. Questa è la ragione per cui, nei vari ordinamenti nazionali, la

³⁹⁴ Sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2005, *Groupe Danone c. Commissione*, causa T-38/02, in *Racc.*, p. II- 4407.

³⁹⁵ Sentenza della Corte dell'8 febbraio 2007, *Groupe Danone c. Commissione*, causa C-3/06, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³⁹⁶ Sent. *Groupe Danone cit.*, punto 314.

³⁹⁷ Sul punto si veda sentenza del Tribunale dell'11 marzo 1999, *Thyssen Stahl AG c. Commissione*, causa T-141/94, in *Racc.*, 1999, p. II-263, punto 617 "(...) la nozione di recidiva come è intesa in un certo numero di ordinamenti giuridici nazionali, implica che una persona abbia commesso nuove infrazioni, dopo essere stata punita per violazioni analoghe".

³⁹⁸ Sent. *Groupe Danone cit.*, punto 319.

recidiva viene prevista da appositi strumenti legislativi ed è oggetto di interpretazione restrittiva. Il Tribunale ha respinto tali censure. In particolare, i giudici comunitari hanno constatato come gli Orientamenti non si pongano in contrasto con l'art. 15 par. 2 del regolamento n. 17 poiché il calcolo delle ammende viene pur sempre effettuato sulla base degli unici due criteri menzionati in tale norma, ossia la gravità e la durata di un'infrazione³⁹⁹. Inoltre, per giurisprudenza costante, uno degli elementi di cui la Commissione deve tenere conto in sede di determinazione della gravità di un'infrazione consiste nell'effetto dissuasivo delle ammende⁴⁰⁰, poiché la gravità deve essere accertata con riferimento a numerosi elementi, quali, segnatamente, le circostanze proprie del caso di specie, il suo contesto, l'effetto dissuasivo, senza che sia stato redatto un elenco vincolante. Nell'ambito delle circostanze proprie del caso di specie, una rilevanza peculiare viene data al contesto in cui si colloca l'infrazione ed al fatto che la sanzione deve possedere un sufficiente carattere dissuasivo, in particolare per le trasgressioni nocive al perseguimento degli scopi della Comunità⁴⁰¹. In quest'ottica di dissuasione la recidiva costituisce, pertanto *“una circostanza che giustifica un notevole aumento dell'importo di base dell'ammenda, poiché prova che la sanzione precedentemente imposta non è stata abbastanza dissuasiva”*⁴⁰². Il fatto, poi, che la recidiva sia connessa a caratteristiche proprie dell'autore dell'infrazione, ovvero la sua propensione a commettere tali infrazioni, costituisce in *“indice molto significativo della gravità del comportamento considerato e quindi dell'esigenza di aumentare il livello della sanzione ai fini di un'effettiva dissuasione”*⁴⁰³. Il Tribunale ha quindi concluso nel senso della piena legittimità della previsione dell'istituto in questione, in virtù del compito della Commissione di cercare un effetto sufficientemente dissuasivo per le infrazioni più nocive, compito rientrante nel concetto di gravità di cui all'art. 15, par. 2, del regolamento n. 17.

In secondo luogo, l'impresa ha constatato una violazione del principio

³⁹⁹ *Ibidem*, punto 343. Per maggiori riferimenti sulla legittimità degli Orientamenti, si rimanda alla trattazione svolta nel Capitolo 5.

⁴⁰⁰ Sent. *Groupe Danone cit.*, punto 346.

⁴⁰¹ *Ibidem*, punto 347.

⁴⁰² *Ibidem*, punto 348; sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, *Michelin c. Commissione*, causa T-203/01, in *Racc.*, 2003, p. II-4071, punto 293.

⁴⁰³ Sent. *Groupe Danone cit.*, punto 349.

*nulla poena sine lege*⁴⁰⁴, che impone un limite al potere discrezionale delle istituzioni, in quanto una sanzione può essere inflitta solo in presenza di un fondamento normativo chiaro ed in equivoco⁴⁰⁵. La presa in considerazione della recidiva non avrebbe alcun fondamento giuridico nell'ordinamento comunitario. Solo il Consiglio ed il Parlamento potrebbero fornire l'istituto della recidiva di una base giuridica, come del resto accade negli ordinamenti nazionali, in cui detta previsione spetta unicamente agli organi legislativi. Il Tribunale, con una laconica motivazione, ha respinto anche tale censura. Ad avviso dei giudici comunitari, posto che l'emanazione degli Orientamenti non trascende il contesto giuridico dell'art. 15 par. 2 del regolamento n. 17, ed essendo la previsione della recidiva espressamente menzionata all'interno degli stessi, essa è conforme al principio *nulla poena sine lege*⁴⁰⁶. La Corte, in sede di impugnazione, ha mutato leggermente prospettiva, sottolineando come in sede di valutazione della gravità dell'infrazione, la Commissione goda di una notevole discrezionalità ed il fatto di tenere conto di circostanze aggravanti in sede di fissazione delle ammende consente all'istituzione comunitaria di adempiere al proprio compito di garantire la conformità delle norme poste a tutela della concorrenza⁴⁰⁷.

In terzo luogo, la critica delle ricorrenti, ha investito la violazione del principio della certezza del diritto, della legalità della sanzione e del rispetto dei diritti della difesa⁴⁰⁸. Detta violazione deriverebbe dalla mancanza di una previsione relativa alla determinazione dell'intervallo massimo tra due condanne entro il quale è consentito applicare la nozione della recidiva. Il Tribunale, con una motivazione che lascia sconcertati, ha affermato che “*un termine di prescrizione può garantire una funzione di tutela della certezza del diritto e la sua violazione costituisce un'inosservanza di tale principio solo se detto termine di prescrizione è stato stabilito in precedenza*”⁴⁰⁹. L'art. 15 del regolamento n. 17 e gli Orientamenti non prevedono alcun termine massimo per la constatazione di una recidiva nei confronti di un'impresa e pertanto non

⁴⁰⁴ Su tale principio vedi *infra* Capitolo 5.

⁴⁰⁵ Cfr. sentenza della Corte del 25 settembre 1984, *Könocke*, causa 117/83, in *Racc.*, 1984, p. 3291, punto 11.

⁴⁰⁶ Sent. *Groupe Danone cit.*, punto 351.

⁴⁰⁷ Sentenza della Corte *Groupe Danone cit.*, punto 25.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, punto 324.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, punto 352.

può esservi alcuna violazione del principio della certezza del diritto⁴¹⁰. Inoltre, una politica volta a sanzionare la recidiva produce un effetto utile solo se la minaccia di una sanzione più severa dispiega i suoi effetti nel tempo, orientando in tal modo il comportamento del trasgressore.

La motivazione addotta dal Tribunale dà adito a talune perplessità, in quanto pare aver estrapolato una massima di una precedente pronuncia che ha poi dato luogo all'emanazione di norme *ad hoc* sulla prescrizione della possibilità di infliggere ammende per la violazione del diritto della concorrenza. In particolare, i giudici comunitari si sono riferiti alla sentenza *Chemiefarma*⁴¹¹ in cui si discuteva di tale lacuna nell'ordinamento comunitario, lacuna appunto sopperita con la successiva emanazione del reg. 2988/78⁴¹². Appare, quindi, quanto meno inopportuno aver citato una pronuncia che ha dato luogo all'emanazione di una norma sulla prescrizione, quando nel caso di specie si era cercato di far valere l'illegittimità della previsione dell'istituto della recidiva, sia in quanto non adottata dall'organo legislativo, sia in quanto sprovvista di precisi limiti temporali.

In quarto luogo, l'impresa ha rilevato una violazione del principio del *ne bis in idem*⁴¹³, poiché la Commissione avrebbe tenuto conto due volte degli stessi elementi. Da un lato, in sede di determinazione della gravità dell'infrazione, l'istituzione comunitaria avrebbe considerato l'esigenza di dissuasione dall'ulteriore commissione di illeciti e la circostanza che l'impresa era consapevole del carattere illecito del proprio comportamento poiché era già stata condannata in precedenza. Dall'altro, i medesimi elementi, racchiusi nel concetto di recidiva, sarebbe stati nuovamente presi in considerazione al momento dell'applicazione di detta circostanza aggravante. Ad avviso del Tribunale, invece, la situazione sopra descritta non ricadeva nell'ambito del *bis in idem*, sulla base della considerazione che la Commissione, nel calcolo dell'ammenda, si era limitata a tenere conto di un insieme di circostanze di fatto ritenute pertinenti al fine della fissazione dell'ammenda ad un importo tale da garantire un effetto dissuasivo⁴¹⁴. Inoltre, le valutazioni della Commissione relative alle dimensioni dell'impresa ed al suo carattere

⁴¹⁰ *Ibidem*, punto 353.

⁴¹¹ Sentenza della Corte del 15 luglio 1970, *ACF Chemiefarma c. Commissione*, causa 42/69, in *Racc.*, 1979, p. 661, punto 19.

⁴¹² Per maggiori riferimenti si veda *infra* Capitolo 4, par. 14.

⁴¹³ Sent. *Groupe Danone cit.*, punti 326-327.

⁴¹⁴ *Ibidem*, punto 358.

multinazionale, erano volte a garantire un effetto dissuasivo in virtù della sua potenza economica e finanziaria, che le avrebbe consentito di avere i mezzi giuridici ed economici per poter facilmente evincere l'illiceità del proprio comportamento. L'applicazione dell'aggravante della recidiva avrebbe avuto un ulteriore effetto dissuasivo, poiché, evidentemente, due condanne inflitte in precedenza, non avevano raggiunto lo scopo di prevenzione speciale.

In quinto luogo, l'impresa ha individuato una violazione dell'art. 1 del reg. 2988/74 che prevede un termine di prescrizione di 5 anni, poiché la Commissione aveva tenuto conto ai fini della recidiva di sanzioni commesse molto tempo prima. Il Tribunale ha avuto buon gioco nel dismettere anche tale critica sulla base del fatto che la normativa *de quo* si riferisce unicamente al potere di infliggere ammende e nulla dispone in relazione alla recidiva.

In sesto luogo, l'impresa ha dedotto un'interpretazione sproporzionata della nozione di recidiva da parte della Commissione⁴¹⁵. Ciò sarebbe derivato dal fatto che una delle decisioni prese a fondamento dalla Commissione al fine dell'aumento per recidiva, avrebbe solamente constatato l'impossibilità di concedere un'esenzione ex art. 81.3 CE⁴¹⁶, senza disporre alcuna condanna e dal lungo lasso temporale considerato. Ad avviso del Tribunale, invece, la nozione di recidiva che implica che una persona abbia commesso nuove infrazioni dopo essere stata punita per violazioni analoghe⁴¹⁷, non richiede necessariamente che debba essere stata inflitta una sanzione pecuniaria, ma solo che sia stata constatata una precedente infrazione⁴¹⁸. Ciò in quanto l'elemento decisivo della recidiva non è costituito dalla precedente irrogazione di una sanzione, ma unicamente dalla precedente constatazione di un'infrazione. Nel caso di specie, in relazione ad un'altra decisione della Commissione, era stato applicato un aumento dell'ammenda proprio in virtù della decisione precedente della Commissione, in cui sì non era stata inflitta alcuna ammenda, ma comunque era stato imposto di porre fine all'infrazione. Il fatto, poi, che alla ricorrente sia stata inflitta un'ammenda non proporzionata alla sua importanza sul mercato in questione, non dipende da un'interpretazione manifestamente sproporzionata del concetto di recidiva, ma

⁴¹⁵ *Ibidem*, punto 329.

⁴¹⁶ Decisione della Commissione del 15 maggio 1974, 4/292/CEE relativa a un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/400 - *Accordo fra produttori di vetro per contenitori*) in *GUL* 160, p. 1.

⁴¹⁷ Sent. *Groupe Danone cit.*, punto 362.

⁴¹⁸ *Ibidem*, punto 363.

dal complesso delle considerazioni di cui la Commissione poteva legittimamente tenere conto per determinare l'importo dell'ammenda⁴¹⁹.

Le valutazioni del Tribunale circa la piena legittimità dell'istituto della recidiva così come oggi previsto, non appaiono del tutto condivisibili. In primo luogo, ci pare che non sussista un sufficientemente fondamento giuridico per la previsione di tale circostanza aggravante. La recidiva, infatti, è una condizione soggettiva dell'autore dell'infrazione e non un elemento che attiene alla gravità o alla durata di un illecito. I giudici comunitari hanno invece stabilito la legittimità della previsione della recidiva negli Orientamenti, strumento giuridico non vincolante, sulla base della circostanza che essi consisterebbero unicamente in 'precisazioni' dei concetti di gravità e durata. In realtà, delle due l'una: o la recidiva rientra nel concetto di gravità, ma così non è, e quindi la sua previsione negli Orientamenti è lecita, oppure riguarda un elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, e allora non può rientrare nel concetto di gravità.

Secondo parte della dottrina⁴²⁰, infatti, né il regolamento n. 17/62, né il nuovo regolamento n. 1/2003, né tanto meno gli Orientamenti⁴²¹, costituirebbero una sufficiente base giuridica per la previsione della recidiva.

La pronuncia del Tribunale sopra citata e che ha constatato la piena legittimità della previsione della recidiva negli Orientamenti pone altresì un ulteriore problema. In particolare, ci si è domandati⁴²² se sia possibile considerare, ai fini dell'aggravante di cui si discute, illeciti commessi prima della pubblicazione degli stessi. In una recente pronuncia della Corte europea dei diritti umani⁴²³, i giudici hanno affermato che le norme relative alla recidiva devono essere conoscibili, e ritenute lecite, al momento della commissione del primo illecito, in quanto questo ed il secondo illecito devono essere visti nella loro interezza. In base a tale sentenza, quindi, gli illeciti commessi prima della pubblicazione degli Orientamenti non potrebbero assumere rilevanza ai fini della recidiva, pena una violazione del principio

⁴¹⁹ *Ibidem*, punto 369.

⁴²⁰ K. NORDLANDER, *op. cit.*, p. 63.

⁴²¹ A proposito degli Orientamenti, l'A. citato nella nota precedente ha sottolineato che (p. 63) "*if the Regulation do not provide a legal basis for recidivism, then arguably the Guidelines go beyond the scope of the Commission's discretion pursuant to the Regulation and are invalid on this point*".

⁴²² K. NORDLANDER, *op. cit.*, p. 64.

⁴²³ Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 10 novembre 2004, *Anchour c. Francia*, Application No. 67335/01.

della irretroattività della legge più sfavorevole. A tal proposito, deve però essere rilevato che l'Avvocato Generale *Poiares Maduro* nelle conclusioni rese nella causa appena citata⁴²⁴ ha affermato che il momento a cui occorre fare riferimento al fine della determinazione della sussistenza di un sufficiente fondamento giuridico per la recidiva sarebbe quello dell'ultima infrazione, ossia quella che dà luogo alla decisione che prende in considerazione le violazioni precedenti come circostanza aggravante.

Un'ulteriore considerazione attiene alla mancanza di limiti temporali tra il primo illecito ed il secondo ai fini della recidiva. Tale lacuna può condurre a risultati iniqui, poiché configurare una recidiva 'perpetua' non consente di tenere conto del fatto che la compagine sociale dell'impresa che commette gli illeciti muta con il trascorre del tempo. Inoltre, la prassi applicativa della Commissione non contribuisce certo a chiarire questo punto. In un caso, infatti, la Commissione ha considerato, ai fini della recidiva, illeciti avvenuti in mercati geografici distinti, anche non commessi dalla stessa entità giuridica. Nella pronuncia *Michelin*⁴²⁵ il Tribunale ha considerato rilevante un'infrazione commessa molti anni prima, ed in particolare un'intesa, su di un altro mercato geografico e commessa da una controllata, per aumentare del 50% l'ammenda inflitta a *Michelin* per abuso di posizione dominante. Secondo il Tribunale si trattava, non di meno, di infrazioni "paragonabili"⁴²⁶ in quanto entrambe volte alla configurazione di un sistema di sconti fidelizzanti che impedivano ai rivenditori di poter scegliere eventuali offerte migliori sul mercato. Inoltre, dal fatto che l'ammenda era stata inflitta ad una filiale controllata al 99% dalla società madre, i giudici del Lussemburgo hanno affermato che era lecito concludere ragionevolmente che tali filiali non determinano in modo autonomo il loro comportamento sul mercato. Il Tribunale ha quindi aggiunto che "*dal momento che il diritto comunitario della concorrenza ammette che varie società appartenenti a uno stesso gruppo costituiscano un'entità economica e quindi un'impresa ai sensi degli artt. 81 CE e 82 CE se le società interessate non determinano in modo autonomo il loro comportamento sul mercato (...) e che, conformemente alla*

⁴²⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale *Poiares Maduro*, presentate il 16 novembre 2006 nella causa C-3/06 *Groupe Danone* c. Commissione, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 20.

⁴²⁵ Sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, *Manufacture Française des pneumatiques Michelin* c. Commissione, causa T-203/01, in *Racc.*, 2003, p. II-4071.

⁴²⁶ Sent. *Michelin* cit., punto 284.

giurisprudenza, la Commissione avrebbe potuto, se avesse voluto, imporre l'ammenda alla stessa società madre nelle due decisioni, (...), la Commissione ha potuto considerare a giusto titolo nella decisione impugnata che la stessa impresa era già stata condannata nel 1981 per il medesimo tipo di infrazione"⁴²⁷.

Un ulteriore elemento di incertezza, che è stato sottolineato dalla imprese, concerne la percentuale di aumento applicato. La Commissione, infatti, non si ritiene vincolata a determinate percentuali applicate in precedenza⁴²⁸: la recidiva costituisce una circostanza che giustifica notevoli innalzamenti degli importi, poiché prova che la sanzione imposta in precedenza non è stata sufficientemente dissuasiva⁴²⁹.

Tale situazione di incertezza potrebbe essere ulteriormente aggravata dalla previsione della recidiva contenuta nei nuovi Orientamenti del 2006, poiché si prevede la possibilità di aumento del 100% dell'ammenda, quando un'impresa continua o ripete la *stessa infrazione* o *un'infrazione simile*, dopo che la Commissione o un'autorità nazionale abbiano constatato una violazione degli artt. 81 o 82 CE. Attualmente, quindi, la Commissione risulta legittimata non solo a considerare le stesse infrazioni ai fini di un aumento della recidiva, ma anche quelle solamente 'simili', per di più anche rilevate da autorità nazionali e senza alcun limite temporale.

Secondo un'autorevole opinione⁴³⁰ varie ragioni possono essere avanzate al fine di giustificare l'applicazione di aumenti in presenza di reiterazione di comportamenti anticoncorrenziali. In primo luogo, le imprese recidive dimostrano una particolare propensione a commettere illeciti antitrust: al fine di dissuadere dette imprese occorre, pertanto, applicare sanzioni più elevate. In secondo luogo, ammende più severe per i recidivi possono essere giustificate al fine di compensare una minore probabilità di scoperta, poiché le imprese già oggetto di indagini possono aver acquisito un certo *know how* che consente loro di organizzare meglio la loro difesa. In terzo luogo, la sanzione

⁴²⁷ *Ibidem*, punto 285.

⁴²⁸ *Ibidem*, punto 292, in cui si è affermato che "il mero fatto che in un'altra decisione, [la Commissione] abbia maggiorato un importo base del 33% per comportamento recidivo, non implica che essa sarebbe stata tenuta ad applicare un'identica percentuale di maggiorazione della decisione impugnata".

⁴²⁹ *Ibidem*, punto 293.

⁴³⁰ W. P. J. WILS, *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A legal and Economic Analysis*, in corso di pubblicazione su *World Competition*, 2007.

più elevata può trovare una giustificazione anche al fine di compensare una minore riprovevolezza sociale che deriva dall'essere stati oggetto di ammende in passato.

12. Rifiuto di qualsivoglia cooperazione o tentativi di ostruzionismo durante l'inchiesta

Gli Orientamenti menzionano quale ulteriore aggravante che consente un aumento delle sanzioni, il rifiuto di qualsivoglia cooperazione o tentativi di ostruzionismo durante l'inchiesta. Il delicato equilibrio tra la tutela del diritto al silenzio e l'obbligo di cooperazione con la Commissione durante le indagini, verrà trattato nell'ambito del capitolo 5, in particolare al paragrafo 13⁴³¹. Ai fini che qui rilevano, basti accennare che la Corte di Giustizia si è pronunciata nel senso che la mancata collaborazione di un'impresa con la Commissione non costituisce, di per sé, un aggravamento di pena, pur riconoscendo un obbligo di ottemperare a quanto previsto dalle norme applicabili⁴³². L'aggravante *de quo* si distingue, pertanto, dalle violazioni normativamente previste dall'art. 15 par. 1, del regolamento n. 17/62 e dal nuovo art. 23 par. 1, del regolamento n. 1/2003: il primo stabiliva che la Commissione potesse infliggere alle imprese ammende “da cento a cinquemila unità di conto” alle imprese che, intenzionalmente o per negligenza, avessero fornito risposte inesatte o in ritardo ad una richiesta della Commissione o avessero presentato in maniera incompleta libri o altri documenti aziendali, durante gli accertamenti, o non si fossero sottoposte a detti accertamenti; il secondo prevede che la Commissione possa infliggere ammende fino all'1% del fatturato totale alle imprese che intenzionalmente o per negligenza forniscono risposte inesatte o fuorvianti in risposta ad una domanda della Commissione, si rifiutino di sottostare agli accertamenti disposti o finiscano in maniera incompleta libri o altri documenti richiesti connessi all'azienda⁴³³.

⁴³¹ In materia di rapporti tra diritto al silenzio e poteri della Commissione, cfr. W.P.J. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 567, p. 567 e ss..

⁴³² Sentenza della Corte del 16 novembre 2000, *Metsä – Serla* c. Commissione, causa C-298/98, in *Racc.*, 2000, p. I-10171, punto 58.

⁴³³ L'articolo in esame prevede inoltre la medesima ammenda anche nel caso in cui le imprese in risposta ad una domanda formulata in base all'art. 20, par. 2 lett. e) – ossia la richiesta a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese di rendere spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto degli accertamenti – forniscono

Come correttamente evidenziato dai giudici comunitari, infatti, tali norme considerano gli “atti di ostruzionismo quali infrazioni autonome e indipendenti dall’eventuale esistenza di un cartello, il che spiega, peraltro, la sanzione relativamente leggera”⁴³⁴.

La presenza di misure dirette a dissimulare la collusione è stata considerata una circostanza aggravante per la prima volta nella pronuncia *Sarriò*⁴³⁵. Tra gli atti che i giudici comunitari hanno considerato come integranti gli estremi di detta circostanza aggravante, oltre a comportamenti palesi, quali la distruzione di documenti, o il tentativo di coordinare le risposte alle richieste della Commissione⁴³⁶, devono essere annoverati gli ‘avvertimenti’ da parte di alcune imprese agli altri partecipanti all’intesa di possibili ‘*dawn raid*’ della Commissione. Nonostante gli ‘avvertimenti’ non siano specificamente previsti negli Orientamenti, i giudici ne hanno consacrato la legittimità quale circostanza aggravante, poiché l’elencazione là contenuta è meramente esemplificativa ed, in quanto, attraverso gli avvertimenti rivolti agli altri membri dell’intesa, una società intende dissimulare l’esistenza dell’intesa e mantenerla operante⁴³⁷.

13. Ruolo di leader o istigatore

Sempre al fine di calibrare l’ammenda in relazione alle specifiche circostanze di specie, viene prevista questa particolare circostanza aggravante che prevede un aumento della sanzione per le imprese che abbiano svolto un ruolo di leader o di istigatore. La *ratio* di questo aggravamento di pena viene individuato nel fatto che l’impresa che ha svolto questi ruoli possiede un

una risposta inesatta o fuorviante, non rettificano entro un termine stabilito dalla Commissione una risposta inesatta o fuorviante data da un membro del personale, oppure non forniscano o rifiutino di fornire una risposta completa su fatti inerenti all’oggetto e allo scopo di accertamenti ordinati mediante decisione.

⁴³⁴ Sentenza del Tribunale del 29 aprile 2004, *Tokai Carbon Co. Ltd* e a. c. Commissione, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, in *Racc.*, 2004, p.II-1181, punto 313.

⁴³⁵ Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Sarriò SA* c. Commissione, causa T-334/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1439, punto 320.

⁴³⁶ Cfr. Decisione 90/38/CEE della Commissione del 13 dicembre 1990 relativa a una procedura ai sensi dell’art. 85 del Trattato CEE (IV/32.026 – *Bayo - n- ox*) in *GU L* 21 del 26 gennaio 1990, pp. 71-79. Per maggiori riferimenti cfr. C. KERSE – N. KHAN, *op. cit.*, p. 399.

⁴³⁷ Sent. *Tokai cit.*, punto 312.

“responsabilità particolarmente grave”⁴³⁸ rispetto alle altre imprese. In particolare, qualora un’infrazione venga commessa da più imprese, nella determinazione dell’importo dell’ammenda risulta necessario esaminare la gravità relativa della partecipazione di ciascuna di essa in ossequio al principio di personalità della pena e, pertanto, deve essere stabilito il loro rispettivo ruolo nell’infrazione per tutta la durata della loro partecipazione all’infrazione⁴³⁹. L’aver assunto una posizione di rilievo all’interno dell’intesa comporta anche l’impossibilità di poter beneficiare del trattamento favorevole previsto nei programmi di clemenza⁴⁴⁰.

La giurisprudenza esistente in materia ha provveduto a fornire utili indicazioni e specificazioni sui concetti di ‘leader’ e ‘istigatore’: il ruolo di istigatore afferisce al momento della fondazione o dell’allargamento dell’intesa, mentre il ruolo di leader si riferisce al suo funzionamento⁴⁴¹. In particolare, si è stabilito che la qualifica di ‘istigatore’ può competere solamente al soggetto che ha indotto o incoraggiato altre imprese ad istituire l’intesa o ad unirvisi, non essendo sufficiente il mero fatto di aver partecipato alla fondazione del cartello⁴⁴². Tale figura richiede, quindi, che l’impresa in questione abbia preso l’iniziativa, ad esempio suggerendo alle altre la possibilità di una collusione o tentando di convincerle a procedere in tal senso⁴⁴³. Il ruolo di leader spetta invece all’impresa che abbia rappresentato, all’interno dell’intesa, “una forza motrice significativa”⁴⁴⁴, ad esempio elaborando o suggerendo le condotte che le altre imprese dovevano tenere. Non risulta, invece, necessario, l’aver esercitato pressioni o aver imposto un dato comportamento. Nelle infrazioni di lunga durata, poi, i membri

⁴³⁸ Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *BPB de Eendracht NV* (già *Kartonfabriek de Eendracht NV*) c. Commissione, causa T-319/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1331, punti 307-308; sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Fiskeby Board AB* c. Commissione, causa T-319/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1331, punto 97.

⁴³⁹ Sentenza della Corte del 16 dicembre 1975, *Suiker Unie U.A.* e a. c. Commissione, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 3 114/73, in *Racc.*, 1975, p. 1663, punto 623; sentenza del Tribunale del 23 febbraio 1994, *Groupement des Cartes Bancaires “cb”* e *Europay International SA* c. Commissione, cause riunite T-39/92 e T-40/92, in *Racc.*, 1994, p. II- 49, punto 139; sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Cheil Jedang Corp.* c. Commissione, T- 220/00, in *Racc.*, 2003, p. II-....., punto 184.

⁴⁴⁰ Su tale argomento si veda il Capitolo 5, par. 13.

⁴⁴¹ Sentenza del Tribunale del 15 marzo 2006, *BASF AG* c. Commissione, causa T- 15/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 316.

⁴⁴² *Ibidem*, punto 321 in cui si è specificato che nel caso di un’intesa formata da solo due imprese non sarebbe giustificato considerarle entrambe come istigatori.

⁴⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, punto 374.

dell'intesa possono esercitare alternativamente, in diversi momenti, il ruolo di leader e quello di istigatore⁴⁴⁵.

14. Misure di ritorsione

La circostanza che un'impresa applichi misure di ritorsione nei confronti degli altri partecipanti ad un'intesa, nel caso in cui questi non seguano i comportamenti concordati viene considerato quale circostanza aggravante, poiché si ritiene⁴⁴⁶ che tale condotta abbia l'effetto di aggravare i danni causati dall'intesa. Pertanto, all'impresa che abbia adottato siffatte misure deve essere attribuita una responsabilità particolare⁴⁴⁷. Le misure coercitive possono essere sia di tipo economico sia di tipo fisico⁴⁴⁸. L'aver posto in essere misure di ritorsione comporta la non applicabilità delle riduzioni di ammende previste nei programmi di clemenza, ai sensi della Comunicazione del 2002, sulla quale si rimanda al Capitolo 4.

Con riferimento alla prova di dette misure di ritorsione, i giudici comunitari hanno reputato sufficienti anche dichiarazioni provenienti dalla stessa impresa che le ha subite, ancorché essa debba essere suffragata anche da altri elementi. Ciò in quanto *“nessuna norma né principio generale del diritto comunitario impediscono alla Commissione di avvalersi nei confronti di un'impresa delle dichiarazioni di altre imprese sottoposte a indagine. Se così non fosse, l'onere della prova dei comportamenti contrari agli artt. 81 CE e 82 CE, che incombe alla Commissione, sarebbe insostenibile e incompatibile con il compito di vigilanza sulla corretta applicazione di tali disposizioni ad essa attribuito dal Trattato CE”*⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, punto 460.

⁴⁴⁶ Cfr. sent. *Groupe Danone cit.*, punto 281.

⁴⁴⁷ *Ibidem*; sentenza della Corte dell'8 novembre 1983, *NV IAZ International Belgium* e a. c. Commissione, cause riunite da 96 a 102/82, 104/82, 105/02, 108/82 e 110/82, in *Racc.*, 1983, p. 3369, punti 55-57; sentenza della Corte del 6 novembre 2000, *Finnboard* c. Commissione, causa C-298/98 P, in *Racc.* pag. I-10157, punto 45.

⁴⁴⁸ Cfr. sul punto Decisione della Commissione del 2 aprile 2003, relativa a un procedimento di applicazione dell'art. 81 del Trattato CE, (caso COMP/C.38.279F3 – *Carni bovine francesi*), in *GU* L 209 del 19.8.2003, pp. 12 e ss., punto 173, in cui gli agricoltori membri delle federazioni agricole hanno fatto ricorso alla violenza per costringere le federazioni di macellatori ad aderire all'accordo.

⁴⁴⁹ Sent. *Groupe Danone cit.*, punto 285.

15. Necessità di tenere conto degli utili illeciti realizzati grazie all'infrazione

La circostanza relativa alla necessità di stimare l'importo degli utili illeciti è stata spesso interpretata *a contrario*. Le imprese, infatti, hanno cercato di far valere, quale circostanza attenuante, la mancanza di vantaggi economici derivanti dall'illecito. Questa tesi è stata chiaramente respinta dai giudici comunitari, poiché la mancanza di vantaggi economici non limita in alcun modo la gravità dell'infrazione commessa e non può in alcun caso rappresentare una circostanza attenuante, altrimenti la sanzione perderebbe il suo carattere dissuasivo⁴⁵⁰.

Per altro verso, in base alla giurisprudenza comunitaria, la Commissione non ha alcun obbligo né di dimostrare che ha effettivamente procurato alle imprese dei vantaggi illeciti, né di tenerne conto. Solo nel caso in cui la stima di tale profitto sia possibile, la Commissione potrà eventualmente maggiore la sanzione a titolo di circostanza aggravante⁴⁵¹.

16. Altre circostanze aggravanti

Tra le 'altre' circostanze aggravanti non espressamente menzionate negli Orientamenti, ma ciò non di meno, prese in considerazione dalle istituzioni comunitarie, deve essere menzionata quella relativa alla continuazione dell'infrazione dopo l'avvio dell'indagine della Commissione. La presa in considerazione di tale elemento ha suscitato talune critiche da parte delle imprese, che hanno coinvolto diversi ambiti. In primo luogo, in relazione all'obiezione della mancanza di fondamento normativo espresso per detta circostanza aggravante, il Tribunale ha affermato che il fatto di considerare come attenuante l'aver posto fine all'infrazione subito dopo l'inizio delle indagini della Commissione, non significa che la prosecuzione della stessa dopo tale momento non possa essere vista come circostanza aggravante⁴⁵². Il proseguimento della condotta illecita anche dopo l'intervento

⁴⁵⁰ Sent. *Tokai Carbon cit.*, punto 347; sentenza del tribunale del 19 marzo 2003, *CMA CGM, Cho Yang Shipping Co. Ltd. c. Commissione*, causa T-213/00, in *Racc.*, 2003, p. II-913, punto 340.

⁴⁵¹ Sent. *CMA CGM cit.*, punto 342.

⁴⁵² Sentenza del tribunale del 20 marzo 2002, *ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commissione*, causa T-31/99, in *Racc.*, 2002, p. II- 1881, punto 213.

della Commissione, viene considerato come indice di particolare determinazione “*a preservare l’infrazione nonostante il pericolo di vedersi infliggere l’ammenda*”⁴⁵³. In secondo luogo, in merito alla critica relativa alla doppia presa in considerazione del medesimo elemento, ossia la consapevolezza delle imprese dell’illiceità del loro comportamento sia come elemento di gravità dell’infrazione, sia quale circostanza aggravante, il Tribunale ne ha stabilito la piena legittimità⁴⁵⁴. In terzo luogo, il Tribunale ha considerato come non rilevante il fatto che l’impresa non fosse stata espressamente avvertita dalla Commissione dell’illegalità della condotta, essendo sufficiente il mero inizio delle indagini⁴⁵⁵.

17. Ruolo esclusivamente passivo o emulativo

In modo speculare alla circostanza aggravante consistente nel ruolo di leader o istigatore, gli Orientamenti prevedono quale attenuante l’aver svolto un ruolo esclusivamente passivo o emulativo nella realizzazione dell’infrazione. Secondo l’interpretazione fornita dai giudici comunitari, un’impresa può beneficiare di una riduzione dell’ammenda per aver svolto detto ruolo se essa ha tenuto un “profilo basso”, ossia non deve aver partecipato attivamente all’elaborazione dell’accordo anticoncorrenziale⁴⁵⁶. Tra gli elementi volti a dimostrare il ruolo passivo di un’impresa possono essere presi considerazione: il carattere notevolmente più sporadico della partecipazione di tale imprese alle riunioni rispetto ai membri ordinari dell’intesa; il suo ingresso tardivo sul mercato oggetto dell’infrazione⁴⁵⁷; il rilascio di espresse dichiarazioni in tal senso da parte di rappresentanti di imprese terze che hanno partecipato all’infrazione⁴⁵⁸.

⁴⁵³ Cfr. Decisione della Commissione del 30 ottobre 2002 relativa a un procedimento a norma dell’art. 81 del Trattato CE e dell’art. 65 dell’accordo SEE (COMP/35.587 PO *Video Games*, COMP/35.706 PO *Nintendo Distributions* e COMP/36.321 *Omega Nintendo*), in GU L 255 dell’8.10.2003, pp. 33 e ss., punto 408.

⁴⁵⁴ Sent. *ABB Asea Brown Boveri cit.*, punto 212.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, punto 214.

⁴⁵⁶ Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Cheil Jedang Corp. c. Commissione*, causa T-220/00, in *Racc.*, 2003, p.II-2473, punto 167; sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005, *Union Pigments AS c. Commissione*, causa T-62/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 126; sent. *Tokai Carbon cit.*, punto 331.

⁴⁵⁷ Sent. *Union Pigments cit.*, punto 126.

⁴⁵⁸ Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Weig c. Commissione*, causa T-317/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1235, punto 264.

In dottrina⁴⁵⁹, si è osservato come nella pratica la Commissione applichi in maniera alquanto restrittiva i requisiti previsti per tale circostanza attenuante, soprattutto alla luce della teoria della dissociazione espressa⁴⁶⁰. Come verrà esposto nel prossimo capitolo, tale teoria prevede che un'impresa che partecipa a riunioni aventi contenuto illecito sia *de plano* ritenuta partecipante all'infrazione, salvo il caso in cui essa si sia esplicitamente e pubblicamente dissociata⁴⁶¹. Anche se tale elemento rileva ai fini dell'accertamento dell'infrazione, mentre il ruolo passivo rientra nelle circostanze attenuanti e, pertanto, già si dà per presupposto l'accertamento della colpevolezza, l'onere della prova richiesto per entrambe le situazioni appare antinomico e di difficile applicazione pratica. Tale circostanza risulta implicitamente confermata anche dalle decisioni in materia, poiché le riduzioni applicate dalla Commissione in virtù del ruolo passivo/emulativo sono sempre stata basse, nell'ordine del 10-15%⁴⁶².

18. Non applicazione della pratica abusiva

La presa in considerazione, quale circostanza attenuante, della non applicazione della pratica abusiva, è oggetto di un'interpretazione estremamente restrittiva da parte della Commissione.

Prima dell'emanazione degli Orientamenti del 1998, i giudici comunitari erano dell'idea che il mancato adeguamento della condotta sul mercato agli accordi presi con gli altri partecipanti all'intesa, non costituiva necessariamente un elemento da prendere in considerazione alla stregua di circostanza attenuante, poiché *“un'impresa che persegua, nonostante al concertazione con i suoi concorrenti, una politica più o meno indipendente sul mercato, può semplicemente cercare di avvalersi dell'intesa a proprio vantaggio”*⁴⁶³. A seguito dell'emanazione degli Orientamenti, il Tribunale ha osservato che, prevedendo essi espressamente tale circostanza quale attenuante, la Commissione non avrebbe potuto discostarsi dalle regole che

⁴⁵⁹ C. KERSE – N. KHAN, *op. cit.*, p. 406.

⁴⁶⁰ Sulla quale si veda *infra* Capitolo 3.

⁴⁶¹ Sent. *Aalborg Portland cit.*, punto 84.

⁴⁶² Cfr. ad esempio decisione *Traghetti Greci*.

⁴⁶³ Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Cascades SA c. Commissione*, causa T-308/94, in *Racc.*, 1998, p. II-9925, punto 230.

essa stessa si era imposta⁴⁶⁴. Pertanto, la prova del mancata applicazione degli accordi, sostituita con l'adozione di un comportamento concorrenziale sul mercato, deve comportare una riduzione dell'ammenda⁴⁶⁵. Deve però essere osservato che di recente il Tribunale ha nuovamente dimostrato di adottare un approccio particolarmente restrittivo, riconoscendo che la Commissione non è tenuta a ridurre l'ammenda nel caso di mera non applicazione degli accordi. Per avere uno 'sconto di pena' occorre che l'impresa dimostri di essersi opposta all'intesa in maniera tale da averne perturbato il funzionamento⁴⁶⁶.

I nuovi Orientamenti del 2006 hanno comportato alcune innovazioni con riferimento a tale circostanza attenuante. Oggi, infatti, al fine di beneficiare di una riduzione dell'ammenda l'impresa deve fornire la prova che la partecipazione dell'impresa all'infrazione sia stata sostanzialmente marginale, unitamente a quella relativa al fatto che l'impresa non ha dato applicazione agli accordi adottando un comportamento concorrenziale sul mercato. Pare dunque che il ruolo passivo/emulativo e la mancata attuazione dell'intesa si siano fusi in un'unica circostanza, con l'aggiunta della difficile prova di aver adottato un comportamento concorrenziale.

19. Dubbio ragionevole circa il carattere di infrazione del comportamento

Secondo la giurisprudenza comunitaria, l'errore sul precetto non assume rilevanza alcuna al fine di escludere la responsabilità di un'impresa⁴⁶⁷. Ciò nonostante, in taluni casi, la Commissione ha provveduto ad infliggere ammende meramente simboliche in casi relativi ad illeciti nuovi o di incertezza normativa. Come verrà esposto nel successivo Capitolo 4, la Commissione, in virtù della novità della fattispecie, ha provveduto ad infliggere ammende particolarmente basse nel caso *Coppa del mondo di calcio 1998*⁴⁶⁸ e nel caso *Architetti Belgi*. Talune riduzioni sono state accordate, in

⁴⁶⁴ Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Deasang Corp.* e a. c. Commissione, causa T-220/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2733, punto 89.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, punto 90.

⁴⁶⁶ Sent. *Raiffeisen Zentralbank Österreich cit.*, punto 491.

⁴⁶⁷ Per maggiori riferimenti sul punto vedi *infra* Capitolo 4.

⁴⁶⁸ Decisione della Commissione del 20 luglio 1999, IV/36.888, *Coppa del mondo di calcio 1998*, in *GUL* 5 del 8.1.2000, p. 55.

epoca più risalente, ad alcuni illeciti, in cui le regole di concorrenza non erano ancora state precisate⁴⁶⁹; in altri casi non è stata comminata alcuna sanzione⁴⁷⁰.

Con riferimento alla possibilità di concedere una riduzione in virtù della mera negligenza piuttosto che l'intenzionalità, merita essere ricordato che per giurisprudenza costante è possibile considerare come intenzionale una infrazione anche senza accertare che l'impresa abbia trasgredito consciamente un divieto posto dal trattato: “è sufficiente che essa non potesse ignorare che il comportamento censurato aveva come scopo la restrizione della concorrenza”⁴⁷¹. La Commissione, inoltre, spesso afferma che il comportamento è stato commesso ‘intenzionalmente o quantomeno per negligenza’. Ciò rende particolarmente arduo per un'impresa fornire la prova della mera negligenza e beneficiare pertanto di una riduzione dell'ammenda.

I nuovi Orientamenti hanno eliminato il riferimento alle due attenuanti sopra descritte. Al loro posto è stata inserita la possibilità di ottenere una riduzione nel caso in cui i comportamenti anticoncorrenziali sia stati incoraggiati o autorizzati dalla autorità pubbliche. Come è noto, infatti, le norme antitrust si applicano solamente nel caso in cui le condotte illecite vengano liberamente adottate dalle imprese. Se la condotta è imposta dalla legge o dalla pubblica autorità, il divieto contenuto negli artt. 81 e 82 CE non si applica e l'ingerenza dello Stato può “rappresentare una sorta di scriminante per le intese restrittive (*State action defense*)”⁴⁷². Nel caso in cui, invece, le regolamentazioni statali non siano obbligatorie, ma lascino un margine discrezionale alle imprese, l'intesa sarà suscettibile di essere punita ai sensi delle norme sulla concorrenza⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Cfr. sentenza della Corte del 3 luglio 1991, *Akzo Chemie BV c. Commissione*, causa C-62/86, in *Racc.*, 1991, p. I- 3359.

⁴⁷⁰ Decisione della Commissione del 21 dicembre 1988, IV/30.979 e 30.394, *Decca Navigator System*, in *GU L* 43 del 15.2.1989, p. 27, punto 133 “a causa della complessità della valutazione giuridica del presente caso e della mancanza di precedenti, non è possibile accertare che la Real Decca ha violato intenzionalmente o semplicemente per negligenza l'art. 86”.

⁴⁷¹ Cfr. *ex multis* sentenza della Corte dell'8 febbraio 1990, *Tipp-ex GmbH & Co Kg c. Commissione*, causa 279/87, in *Racc.*, 1990, p. I-2161. Per maggiori riferimenti vedi *infra* Capitolo 4.

⁴⁷² L. PROSPERETTI – M. SIRAGUSA – M. BERETTA – M. MERINI, *Economia e Diritto Antitrust. Un'introduzione*, Roma, 2006, p. 140.

⁴⁷³ Cfr. sentenza della Corte del 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, causa C-198/01, in *Racc.*, 2003, p. I-8055, in cui la Corte ha direttamente affrontato il problema della *State action defense*. Essa ha affermato che se una legge nazionale si limita a sollecitare o a facilitare l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali autonomi delle imprese, queste rimangono soggette alle regole di concorrenza e possono pertanto subire sanzioni. Il

L'attenuante di cui si discute si situa, pertanto, in questo contesto. Pur riconoscendo la punibilità delle imprese coinvolte, le istituzioni comunitarie danno atto che le pubbliche autorità hanno incoraggiato o favorito la condotta illecita e riconoscono, di conseguenza, la possibilità di addivenire ad una riduzione della sanzione. In passato, si sono dati casi in cui le istituzioni comunitarie hanno riconosciuto l'ingerenza dei poteri pubblici nei comportamenti delle imprese che poteva aver inciso sulla convinzione della liceità di taluni comportamenti. Ad esempio, nel caso *Suiker Unie*⁴⁷⁴ la Commissione ha riconosciuto che la propria prassi aveva potuto condurre in errore l'impresa e pertanto ha provveduto ad applicare una cospicua riduzione dell'ammenda. Nel caso *Deutsche Post*⁴⁷⁵ l'istituzione comunitaria ha comminato una ammenda meramente simbolica, poiché la giurisprudenza tedesca in materia di *re-mailing* aveva obiettivamente dato luogo ad una situazione di incertezza giuridica. Nel caso *Viandes Bovines Française*⁴⁷⁶ il Ministro francese dell'agricoltura aveva incitato le imprese a stipulare l'accordo oggetto di censura. La Commissione ha accordato, conseguentemente, riduzioni a talune imprese proprio in considerazione delle pressioni esercitate dal Governo. In un altro caso⁴⁷⁷, invece, i giudici hanno negato rilevanza ai fini di una riduzione dell'ammenda al fatto che una legge nazionale in passato considerasse lecite le intese di cui si discuteva e che alle riunioni partecipassero esponenti del governo.

20. Collaborazione effettiva al di fuori dell'ambito di applicazione della comunicazione sulla non imposizione di ammende

Già prima dell'emanazione degli Orientamenti, la Commissione ed i giudici del Lussemburgo, erano propensi a concedere riduzioni delle ammende

comportamento anticoncorrenziale delle imprese, per sfuggire alle norme antitrust, deve essere importato dalla normativa nazionale o quest'ultima deve aver eliminato ogni possibilità di concorrenza da parte delle imprese.

L'eventuale responsabilità dello Stato può, poi, essere fatta valere ai sensi dell'art. 10 CE che impone l'obbligo di leale collaborazione.

⁴⁷⁴ Sent. *Suiker Unie*, cit., punti 555-556. Per maggiori riferimenti si veda Capitolo 4.

⁴⁷⁵ In *GU L* 331 del 15.1.2001, p. 177, punto 193.

⁴⁷⁶ Decisione della Commissione del 2.4. 2003 2003/600/CE, COMP/F -3/38.279 in *GU L* 209 del 19.8.03.

⁴⁷⁷ Sent. *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG* cit..

in caso di cooperazione durante le indagini⁴⁷⁸. Più specificamente, si dava atto della circostanza che risposte particolareggiate che riguardavano i comportamenti di tutti i partecipanti all'impresa, che andavano oltre gli obblighi imposti dal regolamento n. 17/62, consentivano alla Commissione un accertamento più agevole dell'illecito e pertanto meritavano una riduzione dell'ammenda⁴⁷⁹.

Al fine di poter beneficiare di una riduzione della sanzione, l'impresa deve fornire, al di là dell'ambito applicazione dei programmi di clemenza, una cooperazione tale per cui la Commissione possa addivenire alla scoperta dell'infrazione con minore difficoltà⁴⁸⁰. Anche la dichiarazione espressa di non contestazione degli elementi di fatto sui quali la Commissione ha fondato i propri addebiti è stata considerata idonea ad agevolare il compito dell'istituzione comunitaria di accertamento dell'illecito⁴⁸¹.

21. Prova di aver posto fine alle attività illecite immediatamente dopo i primi interventi della Commissione

Tale circostanza attenuante è stata applicata nella prassi con qualche incertezza⁴⁸². I nuovi Orientamenti precisano che la riduzione dell'ammenda può essere prevista per le imprese che pongono fine all'attività illecita immediatamente dopo i primi interventi della Commissione, con l'esclusione dei cartelli e/o degli accordi di natura segreta.

⁴⁷⁸ Sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992, *Imperial Chemical Industries Plc c. Commissione*, causa T-13/89, in *Racc.*, 1992, p. II-1021, punto 393.

⁴⁷⁹ *Ibidem*; sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992, *Solvay & Cie SA c. Commissione*, causa T-12/89, in *Racc.*, 1992, p. II-907, punto 341.

⁴⁸⁰ Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft MbH c. Commissione*, causa T-347/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1751, punto 331.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² Cfr. sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *LR AF 1998 a/s c. Commissione*, causa T-23/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1705, punto 324 "(...) il fatto che la cessazione di un'infrazione dopo i primi interventi della Commissione possa essere considerata alla stregua di una circostanza attenuante non significa che la prosecuzione di un'infrazione in una situazione di questo genere non possa essere considerata come una circostanza aggravante. Infatti, la reazione di un'impresa all'avvio di un'indagine relativa alle sue attività può essere solo valutata tenendo conto del contesto particolare del caso specifico. Dal momento che la Commissione non può quindi essere tenuta, come norma generale, a considerare una prosecuzione dell'infrazione come una circostanza aggravante, né a ritenere la cessazione di un'infrazione una circostanza attenuante, la possibilità che essa qualifichi tale cessazione, in un caso specifico, come circostanza attenuante, non può privarla della facoltà di considerare una siffatta prosecuzione, in un caso diverso, come una circostanza aggravante".

La riduzione dell'ammenda dipende essenzialmente dal fatto che l'impresa ponga termine all'infrazione a seguito dell'intervento della Commissione, nel qual caso può beneficiare dell'attenuante. Nel caso in cui, invece, l'impresa ponga fine all'illecito in un momento antecedente, tale elemento verrà computato ai fini della durata dell'infrazione stessa, ma non quale circostanza attenuante⁴⁸³. Recentemente la Corte⁴⁸⁴ ha precisato che l'aver posto fine alle attività illecite può costituire una circostanza attenuante solo se sussistono motivi per supporre che le imprese in causa siano state incitate a porre termine ai comportamenti anticoncorrenziali dagli stessi interventi della Commissione.

L'esclusione dei cartelli e degli accordi di natura segreta può essere fatta derivare dalla politica intrapresa dalla Commissione di una lotta ai contro tale tipologia di infrazioni, considerate come particolarmente pregiudizievoli per il benessere economico della collettività⁴⁸⁵

22. Altre circostanze attenuanti

In virtù dell'elencazione meramente esemplificativa degli Orientamenti, le imprese hanno cercato di far valere altri comportamenti o altre circostanze specifiche quali attenuanti che avrebbero potuto dar luogo ad una riduzione dell'ammenda.

Tra queste, particolare rilievo assume l'adozione di provvedimenti atti ad evitare future infrazioni del diritto della concorrenza⁴⁸⁶. L'atteggiamento delle istituzioni comunitarie in relazione a tali provvedimenti non è sempre stato lineare. Da un lato, in alcuni casi, effettivamente, la Commissione ha provveduto a concedere una riduzione dell'ammenda in virtù di programmi di adeguamento al diritto comunitario della concorrenza, sulla base della considerazione che programmi di questo genere possono contribuire “*a rendere maggiormente edotti (...) [ndr. il personale] circa l'impatto*

⁴⁸³ Cfr. N. KHAN – C. KERSE, *op. cit.*, p. 407.

⁴⁸⁴ Sentenza della Corte del 25 gennaio 2007, *Dalmine s.p.a. c. Commissione*, causa C-407/04, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 158.

⁴⁸⁵ Per maggiori riferimenti si veda *infra* Capitolo 5.

⁴⁸⁶ A proposito dei *compliance programmes*, in dottrina (W.P.J. WILS, *The Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, 2006, p. 21) è stato osservato che se possono effettivamente essere utili ad evitare il compimento di violazioni del diritto della concorrenza, non è comunque detto che ciò debba tradursi in una riduzione della sanzione.

quotidiano della politica della concorrenza. Ciò tende inoltre a garantire che la gestione 'senior' sia in grado di controllare l'operato dell'intero gruppo sul mercato, fissando norme interne efficaci, che siano conformi alle regole comunitarie della concorrenza"⁴⁸⁷. Dall'altro, i giudici hanno sottolineato che l'aver creato *compliance programmes* non può comunque mutare la realtà dell'infrazione⁴⁸⁸ ed il fatto che la Commissione abbia, in talune occasioni, considerato tali programmi al fine di concedere una riduzione della sanzione, non può costringerla a tenerne conto in altri casi⁴⁸⁹. Anche l'aver provveduto a licenziare il personale direttamente responsabile dell'illecito non ha dato luogo a riduzioni⁴⁹⁰, in presenza di infrazioni particolarmente gravi dell'art. 81 CE. In un altro caso⁴⁹¹, l'impresa coinvolta aveva sottolineato che l'adozione di un programma di adeguamento doveva comportare una riduzione dell'ammenda, poiché con esso non si poneva più, nei suoi confronti, un'esigenza di deterrenza, in particolare la prevenzione specifica, ossia la dissuasione a commettere futuri illeciti. Tale finalità risulterebbe già garantita dall'adozione del programma di adeguamento. Il Tribunale ha ancora negato l'ingresso a tale circostanza, rilevando come la finalità di prevenzione speciale perseguita attraverso l'imposizione di un'ammenda, mira non solo a far cessare l'infrazione, ma anche ad evitare che i suoi autori reiterino il comportamento illecito⁴⁹².

Se i programmi di adeguamento difficilmente rilevano quali circostanze attenuanti, deve essere osservato che essi potrebbero essere utilizzati quale indice di intenzionalità nella commissione di un'infrazione e conseguentemente essere considerati quale circostanza aggravante e condurre

⁴⁸⁷ Cfr. 82/853/CEE : Decisione della Commissione del 7 dicembre 1982 relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/30.070 – *National Panasonic*) in *GU L* 354 del 16.12.1982, p. 28 e ss., punto 68.

⁴⁸⁸ Sent. *ICI cit.*, punto 395.

⁴⁸⁹ *Ibidem*; sent. *LR AF 1998 cit.*, punto 345.

⁴⁹⁰ Sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *Sigma Technologie c. Commissione*, causa T-28/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1845, punto 127. E' stato comunque riconosciuto che detti licenziamenti dimostravano la volontà dell'impresa interessata di prevenire future infrazioni del diritto della concorrenza; ciò costituiva un elemento che avrebbe potuto consentire alla Commissione di svolgere in maniera migliore il suo compito di applicare il diritto della concorrenza.

⁴⁹¹ Sentenza del Tribunale del 5 aprile 2006, *Degussa AG c. Commissione*, causa T-279/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 344.

⁴⁹² *Ibidem*, punto 349. Nello stesso senso sent. *Tokai Carbon, cit.*, punto 323; sent. *BASF AG cit.*, punto 266.

ad un aumento dell'ammenda⁴⁹³

Un altro elemento spesso utilizzato dalle imprese al fine di vedersi ridurre l'ammenda, consiste nella allegazione della crisi del mercato o della situazione finanziaria di passività dell'impresa⁴⁹⁴. Gli Orientamenti prevedono espressamente che nella commisurazione dell'ammenda si debba tenere in considerazione la capacità dell'impresa di provvedere al pagamento (cd. *ability to pay*). Il riferimento alla capacità retributiva reale dell'impresa assume rilievo 'nel suo contesto particolare', costituito dalle conseguenze che il pagamento dell'ammenda comporterebbe, in particolare, in termini di aumento della disoccupazione o di deterioramento dei settori economici a monte ed a valle dell'impresa interessata⁴⁹⁵.

I giudici comunitari hanno però ritenuto che l'ammissione di situazioni economiche precarie quale circostanza attenuante "*si risolverebbe nel procurare un ingiustificata vantaggio concorrenziale alle imprese meno adeguate alle condizioni del mercato*"⁴⁹⁶. Inoltre, gli organi giudiziari del Lussemburgo hanno anche rilevato che il fatto che un provvedimento assunto da un'autorità comunitaria cagioni il fallimento ovvero la liquidazione di un determinata impresa, non risulta essere, in quanto tale, vietato dal diritto comunitario⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Decisione della Commissione del 18 luglio 1988, *Napier Borwn*, in *GUL* 284, pp. 41 e ss.. In dottrina si veda D. GERARDIN – D. HENRY, *The EC fining policy for violation of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgment*, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series* 03/05, p. 36.

⁴⁹⁴ La valutazione dello stato di crisi dell'impresa, cd. *failing firm defense*, assume invece rilevanza nel settore delle concentrazioni. In particolare, si sostiene che se un'impresa è destinata ad uscire irrimediabilmente dal mercato in ragione dello stato di crisi, la sua acquisizione non incide sulle condizioni concorrenziali del mercato, perché queste ultime di deteriorerebbero anche in assenza di detta acquisizione. Per ampi riferimenti cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina delle concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, p. 278 e ss..

⁴⁹⁵ Sent. *Tokai Carbon cit.*, punto 374.

⁴⁹⁶ Sent. *IAZ cit.*, punto 55; sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Fiskey Board Ab c. Commissione*, causa T-319/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1331, punto 76; sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Enso Española SA c. Commissione*, causa T-348/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1875, punto 316.

⁴⁹⁷ Sent. *Tokai Carbon cit.*, punto 372. Ciò in quanto la "liquidazione di un'impresa nella sua forma giuridica attuale, pur potendo pregiudicare gli interessi finanziari dei proprietari, degli azionisti o dei detentori di quote, non significa tuttavia che gli elementi personali, materiali e immateriali da cui l'impresa è costituita perdano anch'essi valore".

Secondo parte della dottrina⁴⁹⁸, il riconoscimento di una diminuzione delle sanzioni in caso di difficoltà economiche delle imprese comporterebbe una discriminazione per le imprese in attivo.

Anche una crisi strutturale del settore coinvolto nell'infrazione non è stato considerato quale circostanza attenuante. Ad avviso del Tribunale, infatti, *“i cartelli sorgono, in generale, nel momento in cui un settore entra in difficoltà. Se si accogliesse il ragionamento delle ricorrenti, l'ammenda dovrebbe essere sistematicamente ridotta nella quasi totalità dei casi”*⁴⁹⁹.

Con riferimento alla capacità contributiva dell'impresa, i nuovi Orientamenti prevedono, al punto F, che in circostanze eccezionali e dietro espressa richiesta, la Commissione possa tenere conto della mancanza di capacità contributiva di un'impresa in un contesto sociale ed economico particolare. Inoltre, viene espressamente stabilito che la Commissione non concederà alcuna riduzione della sanzione basata unicamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria. La riduzione potrebbe essere concessa solo *“su presentazione di prove oggettive dalla quale risulti che l'imposizione di un'ammenda, alle condizioni fissate dai presenti orientamenti, pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore”*⁵⁰⁰.

Da ultimo, merita essere rilevato che in taluni casi la Commissione ha accordato una riduzione dell'ammenda applicata in virtù delle offerte di risarcimento finanziario fatte dall'impresa che aveva posto in essere l'infrazione ai danneggiati dal comportamento illecito⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ W.P.J. WILS, *op. cit.*, p. 572.

⁴⁹⁹ Sent. *Tokai Carbon cit.*, punto 375.

⁵⁰⁰ Orientamenti *cit.*, punto 35.

⁵⁰¹ Decisione *Nintendo cit.*, punti 440-441.

CAPITOLO 4

PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA E SANZIONI ANTITRUST COMUNITARIE

1. Nesso psichico; 2. Necessità dell'elemento psicologico ai fini della sussistenza dell'illecito antitrust; 3. Nozione di intenzionalità e negligenza e conseguenza di una valutazione errata; 4. Elemento psicologico: requisito costitutivo della fattispecie o requisito per l'attivazione della potestà sanzionatoria della Commissione?; 5. Ignoranza della legge e rilevanza dell'errore al fine dell'esclusione della responsabilità; 6. Segue: applicazione nel diritto comunitario della concorrenza; 7. Necessità di distinguere l'intenzionalità e la negligenza quantomeno sotto il profilo della graduazione della sanzione; 8. Accertamento dell'elemento psicologico all'interno dell'organizzazione aziendale; 9. Elemento soggettivo e intese; 10. Segue: decisione di associazione di imprese; 11. Responsabilità solidale e teoria della dissociazione espressa; 12. Elemento soggettivo e pratiche concordate; 13. Elemento soggettivo ed infrazione complessa; 14. Elemento soggettivo e abuso di posizione dominante; 15. Elemento soggettivo e concentrazioni;

1. Nesso psichico

Come accennato nel capitolo precedente, al fine di imputare una condotta anticoncorrenziale ad un'impresa occorre, oltre al comportamento oggettivo, un *quid pluris*, costituito dall'elemento volitivo. L'art. 23 del regolamento n. 1/2003 richiedendo che gli illeciti antitrust vengano commessi intenzionalmente o per negligenza, individua nella colpa, intesa quale inosservanza delle regole obiettive di diligenza, prudenza e perizia, il requisito minimo di imputabilità sul piano soggettivo.

Il concetto di colpevolezza è stato da sempre oggetto di attenzione da parte della dottrina penalistica. L'evoluzione giuridico-sociale⁵⁰² avvenuta nel corso degli anni ha consentito l'abbandono dei riferimenti morali e religiosi al fine dell'irrogazione di una pena, per accogliere criteri obiettivi. Si è giunti

⁵⁰² Per ampi riferimenti cfr. M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, p. 192 e ss.; E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 2003, p. 339 e ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, I, p. 276 e ss.; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Torino, 1988, p. 299 e ss.; G. MARINI, voce *Colpevolezza*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Torino, 1988, p. 314 e ss..

alla formazione del convincimento che la comminazione di una pena debba essere invariabilmente accompagnata da una valutazione circa l'ascrivibilità del comportamento illecito ad un soggetto. Si è cercato di individuare un criterio di imputabilità, atto a fornire un substrato psicologico allo *ius puniendi* dello Stato, svincolato da considerazioni morali ed eticizzanti, idoneo ad essere individuato in modo oggettivo.

E' così stato elaborato il concetto di colpevolezza, sulla base del rilievo che un soggetto punito per un fatto "incolpevole" percepirebbe la pena come ingiusta; tale situazione provocherebbe unicamente l'effetto di rafforzare sentimenti di ostilità verso l'ordinamento giuridico, invece di determinare un ravvedimento o di disposizione psicologica verso la rieducazione. Il principio di colpevolezza riveste altresì la funzione di tutela per il reo contro gli arbitri della punizione statale: lo Stato può procedere alla inflizione di una pena non *ad libitum*, ma soltanto se il soggetto che ha posto in essere la condotta vietata lo ha fatto scientemente oppure per negligenza, imprudenza o imperizia. Il concetto di colpevolezza risulta, altresì, strettamente connesso alle moderne teorie della pena, che vedono in essa anche un importante finalità rieducativa oltre che redistributiva. Chi agisce senza dolo o colpa e cagiona eventi lesivi imprevedibili, che si sottraggano al suo personale potere di controllo "*non manifesta né volontaria ribellione né indifferenza nei confronti dei beni protetti, per cui manca quell'atteggiamento psicologico di contrasto con l'ordinamento che solo giustificerebbe la necessità di educare al rispetto delle regole della convivenza*"⁵⁰³.

Detto principio assolve anche alle funzioni specifiche di fondare la responsabilità, escluderla e graduarla⁵⁰⁴, permettendo di poter commisurare la pena da irrogare distinguendo tra chi ha commesso un determinato evento deliberatamente o per mera negligenza e consente invece di escludere la responsabilità di chi ha commesso un fatto per caso fortuito.

L'idea di colpevolezza presuppone il rifiuto della responsabilità per l'evento, ossia la responsabilità cd. oggettiva, secondo la quale un soggetto può essere ritenuto colpevole anche per accadimenti che sfuggono al suo controllo, dovuti al caso fortuito: "*il rimprovero di colpevolezza implica che si presupponga come esistente una possibilità di agire diversamente da parte del*

⁵⁰³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 277.

⁵⁰⁴ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Torino, 1999, p. 239.

soggetto cui il fatto viene attribuito”⁵⁰⁵.

Varie teorie si sono susseguite in tema di colpevolezza⁵⁰⁶. Secondo la concezione psicologica, più risalente, la colpevolezza deve essere intesa come relazione psicologica tra fatto ed autore; la ricerca del nesso psichico è volta unicamente a stabilire un rapporto tra il fatto ed il suo agente, non influenzando sulla graduazione della pena e non prendendo in considerazione alcuna la personalità dell’agente ed il processo motivazionale che sorregge la condotta. Secondo tale impostazione, la colpevolezza si risolve unicamente nel dolo e nella colpa. In tali concetti, tuttavia, non è stato possibile trovare un minimo comune denominatore, stante l’eterogeneità degli stessi. Ciò non ha consentito a detta concezione di assurgere a vera e propria teoria generale della colpevolezza, ma ad una “*teoria delle forme di colpevolezza*”⁵⁰⁷.

Per ovviare alle difficoltà dogmatiche insite nella concezione psicologica della colpevolezza, si è elaborata la cd. teoria normativa, al fine di fornire rilevanza anche ai motivi dell’azione ed alle circostanze in cui essa si realizza. Secondo tale teoria, la colpevolezza si risolve in un giudizio normativo di rimproverabilità personale; l’elemento comune al dolo ed alla colpa viene individuato nell’atteggiamento antidoveroso della volontà. Il dolo e la colpa vengono infatti intesi quali il primo come “*fatto volontario che non si doveva volere*”⁵⁰⁸ e la secondo come “*un fatto involontario che non si doveva produrre*”⁵⁰⁹. Per poter ascrivere un determinato comportamento ad un soggetto si richiedono, oltre al dolo ed alla colpa, anche altri elementi, ossia le “*condizioni di esigibilità del comportamento lecito*”⁵¹⁰, quali la capacità di intendere e di volere, la conoscibilità della legge penale, l’assenza di situazioni anomale che rendono non colpevole l’autore di un fatto comunque antigiusuridico, le cd. scusanti, come l’ignoranza inevitabile, l’ordine illegittimo del superiore, il costringimento psichico.

La concezione normativa della colpevolezza⁵¹¹ consente anche di

⁵⁰⁵ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 278.

⁵⁰⁶ La letteratura sul punto è vastissima. Per ampi riferimenti, anche bibliografici si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 277 e ss.; G. MARINI, *op. cit.*, p. 314 e ss..

⁵⁰⁷ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Torino, 1999, p. 236.

⁵⁰⁸ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 277 e ss.

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

⁵¹⁰ M. DONINI, *op. cit.*, p. 227.

⁵¹¹ La concezione normativa della colpevolezza ha trovato espresso accoglimento nel nostro ordinamento a seguito della nota pronuncia della Corte Costituzionale del 23-24 marzo 1988 n. 364, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 699, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale

fornire un substrato legittimante a quelle ipotesi normative di divieto di pura creazione legislativa, definite “eticamente indifferenti”⁵¹². Con tale locuzione si intendono quei reati connotati da una ridotta antisocialità, come i cd reati economici, che vengono spesso percepiti dalla collettività come non portatori di alcun disvalore⁵¹³. Per tali illeciti, ai fini della configurabilità della colpa, sarà sufficiente accertare che il soggetto abbia avuto la mera possibilità di conoscere la legge. La rilevanza data alle condizioni in base alle quali un soggetto si è determinato ad agire consente, quindi, di considerare “colpevole” un soggetto che ha compiuto consapevolmente un determinato fatto, anche senza aver avuto conoscenza della legge che lo vietava, poiché avrebbe dovuto conoscere la legge e pertanto cogliere l’illiceità formale della propria condotta. Si consente, quindi, di imputare comportamenti determinati unicamente da una carenza di “cultura giuridica”⁵¹⁴.

La colpevolezza può fungere sia da presupposto della punibilità, ossia quale elemento costitutivo dell’illecito oppure da criterio di commisurazione della pena.

Quale presupposto di punibilità, la colpevolezza riveste una notevole importanza dal punto di vista della funzione di prevenzione speciale della pena, intesa quale rieducazione in concreto del singolo che subisce la pena. La pretesa statuale di punire un dato comportamento risulta giustificabile nella misura in cui l’azione illecita costituisca il risultato di una scelta volontaria o, comunque, di una condotta volontariamente evitabile.

Per quanto attiene, invece, al piano della prevenzione generale o deterrenza, la minaccia di una data pena deve fungere da monito ai soggetti,

dell’art. 5 c.p. nella parte in cui non prevedeva quale causa di esclusione della responsabilità l’ignoranza scusabile della legge. In particolare, i giudici della Consulta hanno affermato che “nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento cosa gli è lecito e cosa gli è vietato; ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d’azione [...]. A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può comunque impedire, o in relazione ai quali non in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere di evitarli nascente dal precetto”. Secondo l’impostazione seguita dalla Corte Costituzionale, dunque, solo in presenza di finalità punitive unicamente volte alla deterrenza potrebbe configurarsi e considerarsi legittima una responsabilità oggettiva. Cfr. *infra* par. 12.

⁵¹² A. CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *Indice penale*, 1991, p. 35 e ss..

⁵¹³ *Ibidem*.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

per indurli a desistere dal commettere atti illeciti. Affinché ciò possa verificarsi si rende necessario che la commissione del fatto illecito rientri nei poteri di controllo personale del soggetto: la condotta posta in essere deve dipendere da una scelta volontaria del soggetto, oppure dalla violazione di una regola di condotta a contenuto precauzionale. In particolare, per quanto riguarda taluni tipi di reati come ad esempio i reati economici, la dottrina penalistica⁵¹⁵ sottolinea come la consapevolezza del rischio di poter essere incriminati anche per le conseguenze incontrollabili del proprio comportamento potrebbe avere l'effetto di indurre a desistere del tutto dal compimento di certe azioni ovvero ad elevare gli standard di diligenza⁵¹⁶.

Quale criterio di commisurazione della pena, il principio di colpevolezza assolve una funzione limitativa della punibilità. Il suo rispetto, pur nel perseguimento di scopi di prevenzione generale e/o speciale, impone di non infliggere pene di ammontare sproporzionato all'entità della colpevolezza individuale.

2. Necessità dell'elemento psicologico ai fini della sussistenza dell'illecito antitrust

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, occorre dunque procedere all'analisi della legislazione antitrust comunitaria, per poi passare alla prassi esistente in materia, al fine di verificare se l'accertamento dell'elemento soggettivo venga richiesto quale elemento costitutivo dell'illecito, ovvero solo ai fini dell'attivazione della potestà sanzionatoria della Commissione, ovvero quale criterio di commisurazione e graduazione della sanzione inflitta, o infine se tali elementi vengano presi in considerazione congiuntamente. L'art. 23 par. 2 del regolamento n. 1/2003, si riferisce alla comminazione di ammende da parte della Commissione alle imprese che *“intenzionalmente o per negligenza commettano un'infrazione alle disposizioni dell'art. 81 o dell'art. 82 del trattato”*. Nonostante il riferimento letterale al solo momento impositivo della

⁵¹⁵ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 280.

⁵¹⁶ Contro questa opinione dal punto di vista dell'analisi economica del diritto cfr. W.P. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Essay in Law and Economics*, The Hague-London-New York, 2001, p. 29; R. POSNER, *The economics of Justice*, in *Harvard University Press*, 1983, p. 225; R. POSNER, *An Economic Theory of the Criminal Law*, *Columbia Law Review*, 1985, p. 1193. Vedi *infra* § 8.

sanzione, dall'interpretazione fornita a livello dottrinale⁵¹⁷, si potrebbe evincere come, quanto meno sul piano dogmatico, il nesso psicologico sia richiesto ai fini della sussistenza della violazione delle norme antitrust, integrando in tal modo uno degli elementi costitutivi della stessa. La prassi esistente in materia, però, non consente di individuare punti fermi.

La Corte di Giustizia⁵¹⁸ pronunciata con riferimento all'art. 15 n. 2 del previgente regolamento n. 17/62, il cui tenore è del tutto identico a quello del nuovo art. 23 par. 2, ha sottolineato come in detta norma vengano affrontate questioni distinte: da un lato “*esso determina le condizioni che vanno soddisfatte affinché la Commissione possa infliggere ammende (condizioni di legittimazione); tra tali presupposti compare quello riguardante il carattere doloso o colpevole dell'infrazione (primo comma)*” e dall'altro “*esso disciplina la determinazione dell'importo dell'ammenda che è in funzione della gravità e durata dell'infrazione (secondo comma)*”⁵¹⁹.

La richiesta della presenza dell'elemento soggettivo ai fini della configurabilità dell'illecito – *rectius*, quale “condizione di legittimazione” per l'irrogazione di ammende - viene considerata da parte della dottrina⁵²⁰ come utile requisito ai fini dell'esatta determinazione delle condotte realmente proibite. Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto⁵²¹, inoltre, è stato

⁵¹⁷ A. CARUSO, *Colpa nell'illecito antitrust*, in *Danno e resp.* 1998, p. 122

⁵¹⁸ Ordinanza della Corte del 25 marzo 1996, causa C-137/95P, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Oragnisaties in de Bounwnijverheid* e a. c. Commissione (SPO), in *Racc.*, 1996, p. I-1611, punto 53. In senso conforme sentenza della Corte del 17 luglio 1997, causa C-219/95P, *Ferriere Nord Spa* c. Commissione, in *Racc.*, 1997, p. I-4411, punto 32.

⁵¹⁹ Nel sistema statunitense, al fine di graduare la sanzione vengono utilizzati i parametri della gravità dell'illecito e la colpevolezza dell'entità giuridica. Con particolare riferimento a quest'ultimo elemento, è stato statuito che debbano essere presi in considerazione sei fattori: “i) *the involvement in or tollerance of criminal activity*; ii) *prior history of the organization*; iii) *the violation of an order*; iv) *the obstruction of justice*. The two factor that mitigate the ultimate punishment are: I) *the existence of an effective compliance and ethics programs and ii) self-reporting, cooperation or acceptance of responsibility*”. Sul punto si veda *US Sentencing Guidelines Manual* del 1 novembre 2004, emanato dalla *US Sentencing Commission*, reperibile sul sito internet www.us.gov

⁵²⁰ Come meglio verrà precisato nel prosieguo, la prassi applicativa della Commissione pare tuttavia condurre a risultati differenti. P. FATTORI – M. DE VITA, *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, 1996, reperibile sul sito www.agcm.it, evidenziano come l'esame della rilevanza dell'elemento psicologico finisce spesso con l'avvenire non più sul piano dei presupposti per l'inflizione della sanzione, ma sul quello della delimitazione dell'ammontare della stessa.

⁵²¹ W.P. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Essay in Law and Economics*, op. cit., p. 29; R. POSNER, *The economics of Justice*, op. cit., p. 225; R. POSNER, *An Economic Theory of the Criminal Law*, op. cit., p. 1193.

rilevato come sanzionare le imprese per condotte inconsapevoli o che comunque non avrebbero potuto evitare, se non a costi sproporzionati, non avrebbe alcun effetto deterrente in quanto le imprese si troverebbero nell'impossibilità di prevedere quali condotte verranno punite o meno e genererebbe un inutile spreco di denaro e risorse.

Il legislatore comunitario richiedendo che le condotte anticoncorrenziali siano supportate da un elemento volitivo, pare, quanto meno sul piano teorico-dogmatico, aver rifiutato di configurare la responsabilità degli illeciti antitrust come meramente oggettiva. Come meglio verrà specificato nel prosieguo, tuttavia, la materia della concorrenza possiede talune implicazioni economiche e di politica industriale peculiari, con cui è strettamente intrecciata e che a volte possono dare luogo a forme di responsabilità, il cui legame con l'elemento volitivo risulta molto labile.

3. Nozione di intenzionalità e negligenza e conseguenze di una valutazione errata

I requisiti di negligenza ed intenzionalità menzionati nell'art. 23 del regolamento n. 1/2003 sono stati interpretati con riferimento alle classiche categorie del dolo e della colpa. Nelle sue conclusioni nel caso *General Motors Continental NV c. Commissione*⁵²² l'Avvocato Generale Mayras ha posto in evidenza come *“pur se le ammende contemplate dal regolamento n. 17 non hanno a rigor di termini l'indole di sanzioni penali, non ci pare possibile interpretare l'espressione ‘intenzionalmente’ facendo astrazione delle nozioni comunemente accolte dalle legislazioni vigenti in materia negli Stati membri. L'uso di detta espressione implica necessariamente che l'autore dell'infrazione deve aver agito di proposito, conscio di commettere un atto illegittimo vietato dal trattato, che lo esponeva alle conseguenze previste in tali casi dalla legge.*

Al dolo si contrappone la semplice colpa, come ai reati intenzionali si contrappongono i reati commessi per imprudenza.

⁵²² Sentenza del 13 novembre 1975, causa 26/75, in *Racc.* 1975, p. 1367, in particolare, pp. 1388 e ss. Nello stesso senso, si vedano anche le conclusioni rese dallo stesso Avvocato Generale Mayras, nella causa *Musique Diffusion Francaise*, cit..

Si può perciò fare appello alla prima nozione solo allorché le conseguenze dannose del comportamento sono volute o perlomeno accettate come necessarie dall'impresa responsabile.

Per contro vi è negligenza allorché chi ha commesso l'infrazione ha agito senza intenzione di compiere un atto illegittimo senza prevedere le conseguenze del proprio comportamento, mentre invece, comportandosi da buon pater familias, avrebbe potuto prevederle”.

Come è noto, il dolo viene comunemente inteso come rappresentazione e volontà dell'evento come conseguenza della propria condotta⁵²³, mentre con il concetto di colpa si identificano quegli atteggiamenti psicologici in base ai quali l'evento non è voluto, ma, non di meno, si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia. Sul piano della colpevolezza, si ritiene⁵²⁴ che il soggetto che agisce a titolo di dolo sia più rimproverabile del soggetto che agisce per colpa, in quanto il primo pone in discussione la validità precettiva della norma giuridica.

I due concetti appaiono sul piano teorico ben delineati. A rigore, dunque, parrebbe che la Commissione sia richiesta di fornire la prova del dolo o della colpa, ai fini, quanto meno, della possibilità di sanzionare un'impresa e che l'elemento soggettivo debba essere riferito alla violazione delle norme del trattato. L'errata individuazione dell'elemento psicologico potrebbe poi condurre all'annullamento della decisione che avesse inteso sanzionare un comportamento a titolo di dolo, quando invece detto comportamento avrebbe dovuto essere imputato a titolo di colpa⁵²⁵. La questione è stata espressamente affrontata dai giudici comunitari, nella pronuncia sopra citata *General Motors Continental NV*. Trasponendo le sopra esposte considerazioni al caso sottoposto al suo esame, l'Avvocato generale ha concluso nel senso dell'impossibilità di ravvisare nel comportamento⁵²⁶ di cui si discuteva “l'intenzione di commettere deliberatamente un'infrazione dell'art. 86”.

⁵²³ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 255.

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ La questione, in realtà, non appare di particolare rilevanza pratica, in quanto l'illecito *de quo* è previsto anche nella forma colposa. Ciò non toglie che comunque l'elemento soggettivo debba essere suffragato da prove adeguate e che la colposità dell'atto non venga data per accertata in mancanza di prove circa l'intenzionalità dello stesso.

⁵²⁶ In particolare si trattava di stabilire se la società *General Motors Continental NV* avesse abusivamente sfruttato la propria posizione dominante, in virtù di una delega da parte dello stato belga, nel richiedere tariffe troppo elevate per le pratiche relative all'omologazione di alcune automobili.

L'Avvocato Generale ha posto in evidenza come la società ricorrente accortasi, dello sbaglio nelle fatturazioni per l'omologazione delle automobili, anche a seguito dei alcuni reclami degli acquirenti, avesse immediatamente adottato una nuova tariffa, consona al servizio effettivamente reso e rimborsato le somme riscosse in eccesso. Secondo l'opinione espressa dall'Avvocato Generale, il logico corollario di queste affermazioni doveva condurre ad annullare la decisione della Commissione, che era interamente basata sul presupposto dell'intenzionalità del comportamento. L'accertamento dei fatti portava invece a negare che l'infrazione del diritto della concorrenza potesse dirsi intenzionale, nonostante potessero configurarsi gli estremi della colpa. Secondo l'opinione della Commissione tali argomentazioni non avrebbero potuto inficiare la validità della propria decisione, in quanto ai fini della comminazione della sanzione erano previsti alternativamente i requisiti del dolo o della colpa. Ad avviso dell'Avvocato Generale, invece, i poteri dei giudici comunitari, nonostante l'effetto devolutivo completo dell'impugnazione della decisione, non avrebbero potuto condurre alla modifica *ad libitum* la gravità dell'infrazione. Con riferimento ai poteri dei giudici, si è affermato che *“nel settore del contenzioso in materia di ammende per le infrazioni della disciplina della concorrenza, voi disponete di una competenza assoluta che vi consente di valutare se, in funzione della gravità e della durata dell'infrazione giuridicamente indiscutibile, l'importo dell'ammenda inflitta dalla Commissione sia o no giustificato. Potrete cioè tener conto delle circostanze attenuanti e ridurre l'entità della sanzione pecuniaria. Al contrario non potrebbe escludersi che, valutando i fatti con maggiore severità della Commissione, possiate procedere ad una reformatio in peius”*. Secondo l'impostazione rigorosa seguita dall'Avvocato Generale, tuttavia, prima di procedere a simili valutazioni, la Corte avrebbe dovuto valutare preliminarmente la legittimità della decisione adottata dalla Commissione. In particolare, quando detta istituzione comunitaria ha collegato in maniera espressa l'ammenda all'intenzionalità di un'infrazione, i giudici avrebbero dovrebbero pronunciarsi, in via preliminare sulla natura giuridica del comportamento e poi soppesare l'entità dell'ammenda in relazione alla gravità dello stesso. Nell'ipotesi in cui i giudici avessero dovuto ritenere l'infrazione non dolosa, essi sarebbero stati gravati dall'onere di rilevare l'erronea motivazione del provvedimento impugnato e conseguentemente

annullarlo nella misura in cui era stata inflitta un'ammenda. Secondo l'Avvocato Generale, i giudici non sarebbero dovuti andare oltre a tale statuizione, e non sarebbero stati legittimati a sostituirsi alla Commissione nella valutazione dei fatti, dichiarando cioè la colposità dell'atto⁵²⁷.

La Corte pare aver dato seguito alle indicazioni formulate dall'Avvocato Generale in quanto, seppure con una motivazione laconica, ha sottolineato la mancanza evidente dell'intenzionalità ed ha, conseguentemente, annullato la decisione della Commissione⁵²⁸.

Le considerazioni dell'Avvocato Generale e la conseguente pronuncia della Corte, seppure metodologicamente corrette e volte a costringere la Commissione a ponderare e motivare adeguatamente le proprie decisioni, costituiscono un *unicum* nel panorama della giurisprudenza comunitaria. A distanza di pochi anni, infatti, con la pronuncia resa nella causa *Miller*⁵²⁹, la Corte ha effettuato alcune importanti affermazioni di principio che sono in seguito divenute *ius receptum*. A fronte delle affermazioni della ricorrente relative al fatto che ignorava di aver violato il diritto comunitario della concorrenza, anche con riferimento al parere reso da un legale, la Corte, rilevando come si trattasse di gravi violazioni delle disposizioni antitrust, in particolare divieti di esportazione, ha statuito che *“le clausole di cui trattasi (...) sono state adottate o accettate dalla ricorrente, che non poteva ignorare che esse avevano ad oggetto la restrizione della concorrenza tra i suoi clienti; è quindi irrilevante che la ricorrente fosse o meno conscia di trasgredire il divieto di cui all'art. 85”*.⁵³⁰

Dette argomentazioni sono state altresì riprese dall'Avvocato Generale

⁵²⁷ Come ipotesi subordinata, l'Avvocato Generale aveva comunque proposto di ridurre l'ammenda in quanto *“in questo caso l'infrazione sarebbe molto meno grave di quanto ha giudicato la Commissione. Le circostanze da me ricordate (N.d.r. il rimborso dell'importo richiesto) da cui non si può desumere alcun dolo, costituiscono quanto meno un valido motivo per ridurre notevolmente l'importo dell'ammenda, che dovrebbe assumere carattere di affermazione di principio”*.

⁵²⁸ Punti 22-24 della sentenza.

⁵²⁹ Sentenza del 1° febbraio 1979, *Miller International Schallplatten GmbH c. Commissione*, causa 19/77, in *Racc.*, 1978, p. 131.

⁵³⁰ Punto 18. Nella massima è contenuta l'affermazione in base alla quale *“La trasgressione delle norme comunitarie sulla concorrenza va considerata commessa intenzionalmente e in ispregio alle disposizioni del trattato se l'interessato è conscio che l'atto di cui trattasi ha ad oggetto la restrizione della concorrenza. E' irrilevante che egli sia inoltre conscio di trasgredire una disposizione del trattato. In proposito, il parere di un legale consultato dall'interessato non può scagionare quest'ultimo”*

Warner nella causa *BMW Belgium*⁵³¹, che ha dichiarato superate le considerazioni rese nella pronuncia *General Motors*, sulla base della considerazione che chi stipula o accetta una clausola avente ad oggetto palesemente una restrizione della concorrenza, intenzionalmente commette un atto vietato dal Trattato, a prescindere dalla consapevolezza o meno di trasgredire il divieto di cui all'art. 81 CE⁵³². Secondo l'Avvocato Generale, inoltre, i poteri attribuiti alla Corte dall'art. 17 del regolamento n. 17/62⁵³³ avrebbero un contenuto più ampio, che consentirebbe alla Corte di adottare in ogni caso qualsiasi provvedimento che essa ritenga conforme ad esigenze di giustizia. Pertanto, nel caso in cui la Commissione reputi un'infrazione intenzionale, ma a seguito di ulteriori accertamenti emerga come in realtà essa sia avvenuta per mera negligenza, i giudici comunitari avrebbero il potere di ritenere comunque legittima la decisione della Commissione, eventualmente modificando l'importo dell'ammenda.

A parere delle istituzioni comunitarie, dunque, *“poiché un'infrazione alle norme del trattato sulla concorrenza si possa considerare intenzionale non è necessario che l'impresa sia stata conscia di trasgredire un divieto posto da tali norme; è sufficiente che essa non potesse ignorare che il comportamento censurato aveva come scopo la restrizione della concorrenza”*⁵³⁴.

⁵³¹ Sentenza del 12 luglio 1979, *BMW Belgium* ed altri c. Commissione, cause riunite 32, 36-82/78, in *Racc.*, 1979, p. 2435.

⁵³² In *Racc.*, 1979, p. 2494 e ss.

⁵³³ “La Corte di Giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito ai sensi dell'art. 172 del Trattato per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione commina un'ammenda o una penalità di mora; essa può sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora inflitta”. Il nuovo regolamento 1/2003 contiene una identica disposizione.

⁵³⁴ Sentenza della Corte dell'8 febbraio 1990, *Tipp-ex GmbH & Co Kg* c. Commissione, causa 279/87, in *Racc.*, 1990, p. I-2161, sentenza della Corte dell'11 luglio 1989, causa 246/86 *Belasco* c. Commissione, *cit.*; sentenza del Tribunale del 2 luglio 1992, *Dansk Pelsdyravlerforening* c. Commissione, T- 61/89, in *Racc.*, 1992, p. II-19131; sentenza del Tribunale del 14 luglio 1994, *Herlitz AG* c. Commissione, T-66/92, in *Racc.*, p. II-531, punto 45 “affinché un'infrazione alle norme sulla concorrenza del Trattato possa essere ritenuta intenzionale, non è necessario che l'impresa abbia avuto coscienza di violare di un divieto sancito da queste norme, ma è sufficiente che sia stata consapevole del fatto che il comportamento incriminato aveva per oggetto di restringere la concorrenza”. Interessanti sono le valutazioni in tema di colpevolezza effettuate dalle istituzioni comunitarie con riferimento al regolamento n. 3665/87 relativo al regime delle restituzioni alle esportazioni. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale *Christine Stix-Hackl* rese il 27 novembre 2001, nella causa C-210/ 00, *Käserei Champignon Hofmei Ster GmBh & Co. Kg* c. *Hauptzollamt Hamburg –Jonas*, in *Racc.*, 2001, p..... (punti 80-84) è stato osservato che una responsabilità oggettiva o una responsabilità che comunque prescinde da uno stato soggettivo di

4. Elemento psicologico: requisito costitutivo della fattispecie o requisito per l'attivazione della potestà sanzionatoria della Commissione?

Si rende ora necessario analizzare se, in base alla prassi esistente in materia, la presenza dell'elemento soggettivo sia effettivamente richiesta quale requisito "costitutivo" dello stesso, oppure se l'accertamento di detto elemento rilevi unicamente al fine dell'attivazione del potere sanzionatorio della Commissione o ancora se assuma una qualche rilevanza ai fini della graduazione della sanzione.

In linea generale, pare che il requisito della volontarietà della pratica anticoncorrenziale non venga inteso come consapevolezza dell'illiceità del comportamento ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato, ma come mera conoscenza o conoscibilità dell'idoneità di detto comportamento a determinare un'alterazione della struttura concorrenziale del mercato⁵³⁵. L'intenzionalità o la negligenza dell'infrazione rileverebbero unicamente ai fini della possibilità di irrogare sanzioni fa parte della Commissione⁵³⁶. Con particolare riferimento alle intese, poi, occorrerebbe ulteriormente distinguere tra quelle che hanno "oggetto" anticoncorrenziale e che quelle che hanno "effetto" anticoncorrenziale. L'accertamento del nesso psichico acquisterebbe rilevanza solo con riferimento alle seconde, in quanto per le prime esso sarebbe *in re ipsa*, non potendosi configurare accordi "accidentali" aventi come oggetto una restrizione della concorrenza. Nell'ipotesi di intese aventi un effetto anticoncorrenziale, invece, il requisito della volontarietà potrebbe essere escluso nel caso in cui esso si ponga come conseguenza imprevedibile della pratica posta in essere. Potrebbero verificarsi taluni casi in cui, elementi esterni sopravvenuti ed imprevedibili, contribuiscano in maniera determinante a rendere anticoncorrenziale una determinata condotta che originariamente

colpevolezza sarebbe giustificata solamente nel caso di illeciti di messa in pericolo. Nel caso di specie si trattava degli interessi finanziari della Comunità che verrebbero messi a repentaglio anche da mere dichiarazioni inesatte sulle esportazioni, a prescindere da uno stato soggettivo di colpa. Secondo l'opinione esposta, tale tipologia di responsabilità non sarebbe più ragionevole solo nella misura in cui "la sanzione dovesse essere inflitta anche nell'ipotesi in cui all'esportatore non possa più equamente essere addebitata la messa in pericolo degli interessi finanziari della Comunità".

⁵³⁵ M. SCHINNA', *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 416; sentenza della Corte dell'8 novembre 1983, *NV IAZ International Belgium* e a. c. Commissione, cause riunite da 96 a 102, 104, 105, 108 e 111/82, in *Racc.*, 1983, p. 3369, punto 25.

⁵³⁶ M. SCHINNA', *op. cit.*, p. 416-417.

non era tale, come la scomparsa di un concorrente o un mutamento della struttura del mercato. Secondo parte della dottrina⁵³⁷, e come sarà esposto nel prosieguo, secondo anche le istituzioni comunitarie, tale impostazione non risulterebbe condivisibile in quanto la *ratio* sottesa alle norme antitrust comunitarie consiste nel mantenimento di una concorrenza effettiva all'interno del mercato comune e soprattutto “*sia che l'effetto si ponga come conseguenza normale dell'accordo, sia che esso dipenda da elementi esterni all'atto esso può, comunque, consistere in un'alterazione sensibile della struttura concorrenziale del mercato*”⁵³⁸.

Per tali ragioni, dunque, l'effetto anticoncorrenziale dovrebbe essere accertato e sanzionato anche se dipendente, in tutto o in parte, da elementi esterni all'atto stesso. La prevedibilità o meno dell'effetto e la consapevolezza dell'anticoncorrenzialità del comportamento potrebbero, al limite, assumere rilevanza ai fini dell'irrogazione delle sanzioni da parte della Commissione.

Non si ritiene di poter completamente condividere tale approccio. In primo luogo, se pure è vero che l'art. 23 del regolamento n. 1/2003 menziona l'elemento soggettivo unicamente al fine di consentire alla Commissione di comminare ammende, e pertanto nel caso di concorso di cause nella restrizione della concorrenza non dovrebbero essere inflitte ammende, è del pari vero che anche il mero accertamento di un'infrazione del diritto della concorrenza può produrre conseguenze rilevanti. La prima di esse riguarda la nullità di detto comportamento e la conseguente ripercussione su tutti gli atti da esso derivati⁵³⁹; inoltre, l'accertamento dell'illecito può dare luogo alla richiesta di risarcimento dei danni da parte dei privati e dei concorrenti che si ritengono lesi dal comportamento anticoncorrenziale. Principi di civiltà giuridica impongono poi, in ossequio al brocardo *nullum crimen sine culpa*, che non possano essere configurabili responsabilità oggettive, salvo rare eccezioni. In secondo luogo, deve essere osservato che l'elemento soggettivo deve coprire anche l'antigiuridicità quale individuata dal precetto che contempla l'illecito, dovendo l'agente dimostrare “*rimproverabile contrasto o indifferenza*” nei confronti dei valori contenuti⁵⁴⁰ nella norma. A tale

⁵³⁷ *Ibidem*, A. FRIGNANI – M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 173.

⁵³⁸ M. SCHINNA', *op. cit.*, 2004, p. 417.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 420.

⁵⁴⁰ R. BLAIOTTA, *Coscienza del disvalore sociale e colpevolezza: le antinomie della Suprema Corte*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 110. Infatti, se l'elemento soggettivo dovesse riferirsi

proposito, deve essere richiamata la distinzione tra illeciti naturali e artificiali, per i quali l'elemento psicologico si atteggia in maniera differente⁵⁴¹. Per i secondi, ossia quegli illeciti di creazione legislativa che non presuppongono anche un disvalore sociale sul piano morale, prima ancora che su quello giuridico, la conoscenza o conoscibilità del precetto riveste un ruolo fondamentale ai fini dell'individuazione della presenza dell'elemento soggettivo. Nel caso di ignoranza della legge, o di illeciti antitrust che si situano in zone "grigie", il soggetto agente potrebbe, infatti, non avere percezione dell'illiceità del proprio comportamento, essendo questo non supportato da un adeguato substrato sociale di disvalore. In taluni Paesi europei, infatti, come ad esempio l'Italia, gli illeciti antitrust non sono accompagnati da una sufficiente disapprovazione sociale. Ciò consentirebbe di poter escludere, in talune ipotesi limite, la possibilità di accertare e sanzionare un illecito. Tali argomentazioni verranno analizzate con riferimento alla tematica dell'errore nel successivo paragrafo.

Se anche si volesse ritenere accettabile l'interpretazione sopra descritta e che pone l'accento unicamente sulla conoscibilità degli effetti anticoncorrenziali di una data condotta, occorrerebbe comunque che le istituzioni comunitarie, al meno nel momento di inflizione dell'ammenda, verificassero in maniera rigorosa la presenza dell'elemento intenzionale o della negligenza, come del resto espressamente previsto nell'art. 23 del regolamento n. 1/2003.

Nella prassi decisionale della Commissione e dei giudici comunitari, invece, non sempre i due requisiti vengono sufficientemente analizzati o differenziati. Risulta affermazione ricorrente, quasi clausola di stile che *"l'infrazione è stata commessa intenzionalmente o almeno negligenemente"*⁵⁴² sulla base del rilievo che l'art. 15 n. 2 del previgente regolamento n. 17/62 – ma le medesime considerazioni possono valere per l'art. 23 del regolamento n. 1/2003 che non presenta innovazioni sul punto - non effettua alcuna distinzione in proposito, ma anzi li prevede alternativamente.

Anche al fine dell'attivazione della potestà sanzionatoria della

unicamente all'evento, non sarebbero configurabili illeciti antitrust colposi, in quanto essi presuppongono, per definizione, che l'evento non sia voluto né tanto meno previsto, altrimenti si verserebbe in un'ipotesi dolosa.

⁵⁴¹ Vedi *supra* par. 1.

⁵⁴² Cfr. decisione del 14 dicembre 1979, *Pioneer*, in GU L 60 del 5.3.1980; decisione del 6 maggio 1984, *Polistil Arboris*, in GU L 136 del 25.5.1984.

Commissione, e contro il tenore letterale dello stesso articolo 23 del regolamento n. 1/2003, il nesso psichico viene ancora individuato unicamente nella coscienza e volontarietà delle conseguenze dell'azione – ossia una restrizione della concorrenza – piuttosto che sulla antigiuridicità della condotta. Tale impostazione risulta seguita anche da legislazioni nazionali. Ad esempio, la *Section 36(3)* del *Competition Act* del 1998 del Regno Unito prevede che l'*Office of Fair Trading* possa sanzionare violazioni delle proprie disposizioni unicamente se poste in essere con dolo o colpa, senza esigere che l'elemento psicologico venga individuato in maniera determinata⁵⁴³. L'ordinamento italiano prevede che la potestà sanzionatoria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato possa attivarsi in presenza di una infrazione oltre che grave, anche commessa intenzionalmente o per negligenza. A tale ordinamento, in virtù del richiamo effettuato dall'art. 31 della l. 287/90, risulta applicabile l'art. 3 della l. 689/91 relativo alla depenalizzazione di taluni illeciti, il quale prevede che delle infrazioni amministrative si risponde solo se il fatto è stato posto in essere con coscienza e volontà, non importa se per dolo o colpa. Si richiede dunque, anche in questo caso, non tanto la consapevolezza di contravvenire ad un divieto, quanto il non poter ignorare la rilevanza anticoncorrenziale della condotta⁵⁴⁴.

A rigore, invece, la mancanza dell'accertamento dell'elemento soggettivo dovrebbe condurre, quanto meno, all'esclusione dalla comminazione della sanzione. Nonostante le imprese abbiano effettuato numerosi tentativi in tal senso, nel panorama delle decisioni comunitarie è presente solamente una decisione in cui espressamente la Commissione non ha inflitto ammende in virtù della mancanza di “*prove della intenzionalità o negligenza delle parti nella presente fattispecie*”⁵⁴⁵. Per il resto, come sottolineato dalla dottrina⁵⁴⁶, raramente il difetto dell'elemento psicologico potrà essere invocato con successo per evitare l'applicabilità di una sanzione,

⁵⁴³ Cfr. *OFT's Guidance as to the appropriate amount of a penalty*, reperibile sul sito www.oft.gov.uk; sentenze *Napp Pharmaceutical Holdings Limited v. The Director General of Fair Trading* [2002] CAT, punti 455-457, *CompAR* 13 (Napp); *Aberdeen Journals Limited v. The Office of Fair Trading* [2003] CAT 11, punti 484-485.

⁵⁴⁴ Si veda in questo senso A. MAZZILLI, *La valutazione dei comportamenti antitrust ai fini della determinazione della sanzione: il caso International Mail Express Italy/Poste Italiane*, in *Foro amm.* TAR, 2003, 1, p. 149 e ss..

⁵⁴⁵ Decisione della Commissione del 5 settembre 1979, IV/29.021, BP KEM-DDSF, in *GU L* 286 del 14 novembre 1979, p. 32, punto 103.

⁵⁴⁶ P. FATTORI – M. DE VITA, *op. cit.*, p. 26.

sulla base della considerazione, non pienamente condivisibile, in base alla quale appare *“davvero arduo immaginare un’impresa che si trovi casualmente coinvolta in un accordo o in una pratica concordata ovvero che, sfruttando la propria posizione dominante, ponga accidentalmente in essere comportamenti lesivi nei confronti dei concorrenti o dei consumatori”*. A tal proposito, deve però essere nuovamente rilevato come esistano aree di confine, zone del diritto antitrust in cui, spesso, le imprese commettono illeciti senza averne consapevolezza, per meri cambiamenti dell’assetto di mercato completamente indipendenti dalla loro volontà⁵⁴⁷. Seppure possa apparire improbabile che le imprese diano vita ad un cartello in maniera inconsapevole, altrettanto non può dirsi in relazione a talune forme di pratiche concordate e abusi di posizione dominante in cui le variabili di mercato possiedono una rilevanza preponderante rispetto alla volontarietà di restrizione della concorrenza. Per questi illeciti per così dire “atipici” entrano in gioco, oltre ai comportamenti delle imprese interessate, anche altri fattori, quali la forma di mercato, le abitudini concorrenziali del settore, la struttura dei rapporti tra le imprese, l’esistenza di precedenti giurisprudenziali in materia o meno. Si possono infatti verificare casi in cui un atto originariamente non idoneo a determinare una restrizione della concorrenza, divenga tale in conseguenza ed eventi esterni, come ad esempio un improvviso mutamento nella struttura di mercato o il venir meno di un concorrente⁵⁴⁸. Tali elementi spesso non risultano conoscibili a priori dalle imprese interessate che possono vedersi comminare sanzioni per condotte che sfuggono al loro controllo. In proposito, è stato rilevato che *“esistono dunque variabili economiche, valutazioni sulle condizioni di mercato suscettibili di incidere sulla qualificazione di illiceità di una determinata pratica, non sempre facilmente conoscibili a priori, se non disponendo di una visuale prospettica che soltanto e a ragione un’Autorità preposta alla tutela della concorrenza potrà avere”*⁵⁴⁹. Se non si desse

⁵⁴⁷ Vedi *infra* parr. 10 e 11.

⁵⁴⁸ Si pensi, ad esempio, a quanto previsto nel regolamento di esenzione di categoria degli accordi verticali (regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione del 22 dicembre 1999 relativo all’applicazione dell’art. 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *GU L* 336 del 29.12.1999, p. 21) in cui nel 13° Considerando si prevede espressamente la possibilità di revocare il beneficio dell’esenzione nel caso in esistano *“reti parallele di accordi verticali abbiano effetti simili, tali da ostacolare l’accesso al mercato rilevante o da restringere la concorrenza all’interno di questo in misura significativa”*.

⁵⁴⁹ A. CARUSO, *Colpa nell’illecito antitrust*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 122.

rilevanza all'aspetto volontaristico ci si troverebbe dinanzi a forme di responsabilità oggettiva che il tenore letterale dello stesso art. 23 regolamento n. 1/2003 esclude espressamente.

Come sottolineato con riferimento all'accertamento dell'infrazione, a maggior ragione al fine dell'attivazione della potestà sanzionatoria della Commissione e della commisurazione dell'ammenda, la mancanza di un reale accertamento del nesso psichico non pare del tutto condivisibile per due ordini di ragioni. In primo luogo, come osservato da parte della dottrina⁵⁵⁰, il fatto che la norma in questione richieda inequivocabilmente la presenza di un elemento soggettivo indica che il legislatore comunitario abbia inteso richiedere un certo grado di colpevolezza e pertanto, come già evidenziato, le restrizioni della concorrenza "accidentali"⁵⁵¹ non potrebbero essere punite. In secondo luogo, come già rilevato, dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, considerare le imprese responsabili "oggettivamente" genererebbe un inutile spreco di risorse in quanto esse si troverebbero nell'impossibilità di potere determinare a priori quali comportamenti tenere⁵⁵², poiché verrebbero in ogni caso punite. Per le imprese non sarebbe possibile determinare con un sufficiente grado di certezza quali condotte saranno considerate vietate e quali invece sono lecite; pertanto sarebbero costrette o ad astenersi completamente dall'agire – con evidente spreco di potenzialità – oppure ad agire effettuando costose indagini nell'inutile ricerca di accertamento dell'illecito o meno del loro comportamento.

5. Ignoranza della legge e rilevanza dell'errore al fine dell'esclusione della responsabilità

Direttamente connesso con il principio di colpevolezza così come inteso dalle istituzioni comunitarie, ossia quale ignoranza colpevole dell'anticoncorrenzialità del comportamento, risulta la disciplina dell'errore, inteso quale falsa rappresentazione o ignoranza di un qualunque dato della realtà naturalistica o giuridica, idoneo ad escludere l'elemento soggettivo.

⁵⁵⁰ A. KERSE – N. KHAN, *op. cit.*, p. 378; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Torino, 1989, p. 107.

⁵⁵¹ Vedi *infra* parr. 10 e 11.

⁵⁵² W. WILS, *op. cit.* p. 29.

L'idea di colpevolezza implica, infatti, che si possa muovere un "rimprovero" all'autore del fatto per avere posto in essere condotte in spregio alle norme che la proibivano. Se il soggetto non è consapevole di porre in essere un illecito, non dimostra nemmeno indifferenza o disobbedienza rispetto ai valori stabiliti da un dato ordinamento e pertanto non necessiterebbe una punizione. In materia penale, l'errore può ricadere o sul fatto o sul diritto⁵⁵³. Nel primo caso, l'errore cade su di uno degli elementi del fatto tipico⁵⁵⁴, ossia quei comportamenti ed avvenimenti che si devono realizzare al fine di integrare gli estremi della condotta vietata. Nel caso di errore sul fatto, il dolo viene in genere escluso, in quanto il soggetto vuole un fatto diverso da quello che effettivamente si realizza⁵⁵⁵. In questi casi manca nel soggetto agente la rappresentazione e conseguentemente la volontà del fatto materialmente realizzato; viene meno la percezione del disvalore del fatto e della volontà riprovevole che giustificano l'imputazione dell'illecito a titolo di dolo⁵⁵⁶. Rimane spazio per un'imputazione colposa nel caso in cui la fattispecie incriminatrice espressamente la preveda. Il classico esempio che suole effettuarsi in materia penale a tal proposito riguarda il caso di un cacciatore che scambi un uomo per un animale e lo uccida quindi per errore⁵⁵⁷. In tali circostanze, l'intenzionalità della condotta viene esclusa; dovrà però essere vagliata l'ipotesi di negligenza o imperizia nel caso in cui il reato sia previsto anche nella forma colposa. La trasposizione in ambito antitrust della disciplina dell'errore sul fatto possiede limitata rilevanza per due ordini di ragioni. In primo luogo, risulta difficile immaginare che le imprese quando agiscono sul mercato vogliano porre in essere "fatti" o comunque ottenere risultati diversi da quelli che effettivamente pongono in essere. In secondo luogo, l'errore sul fatto rileva soprattutto al fine di escludere il dolo e conseguentemente esonerare da responsabilità nel caso in cui l'ipotesi criminosa non sia prevista anche nella forma colposa; le norme antitrust, invece, prevedono la possibilità di infliggere sanzioni anche a titolo di colpa. Le norme poste a tutela della concorrenza, non contengono ipotesi di illecito tassativamente individuate, ma elencano solamente taluni comportamenti ritenuti restrittivi della concorrenza

⁵⁵³ G. FLORA, voce *Errore*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Torino, 1990, p. 255.

⁵⁵⁴ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 296.

⁵⁵⁵ A. CALABRIA, *op. cit.*, p. 35; G. FLORA, *op. cit.*, p. 257.

⁵⁵⁶ G. FLORA, *op. cit.*, p. 260.

⁵⁵⁷ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 296.

in via meramente esemplificativa. L'errore sul fatto, che per essere tale deve ricadere su uno degli elementi del fatto richiesti come essenziali dalla norma incriminatrice⁵⁵⁸, risulta quindi difficilmente configurabile proprio per l'ambiguità di talune norme antitrust, che non disciplinano con esattezza i fatti tipici che vanno ad integrare gli estremi della fattispecie vietata. Si potrebbe eventualmente fare riferimento a tale categoria dogmatica in quelle ipotesi – che verranno esaminate nei prossimi paragrafi – in cui le imprese cadono in errore sull'accertamento delle reali condizioni di mercato e che danno luogo alle fattispecie di abuso di posizione dominante⁵⁵⁹ e di pratiche concordate.

L'errore sul diritto⁵⁶⁰, strettamente connesso al tema dell'ignoranza sulla legge, pur essendo da esso concettualmente distinto,⁵⁶¹ è invece sempre stato circondato di maggiori cautele in quanto potrebbe dare adito ad una molteplicità di vie di fuga dalla responsabilità, facendo leva unicamente sulla ignoranza del divieto. In passato, si poneva l'accento sul principio di obbligatorietà della legge (penale), ritenendo che il riconoscimento dell'efficacia scusante dell'*error iuris* avrebbe potuto seriamente compromettere l'operatività di tale principio⁵⁶². Per queste ragioni, fin da epoche remote non si è esitato a ritenere l'errore di cui si discute irrilevante stabilendo che *ignorantia legis non excusat*⁵⁶³. Nella sua accezione pura, tale principio sancisce la responsabilità anche di chi “*ignorando senza colpa che*

⁵⁵⁸ G. FLORA, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁵⁹ Possono infatti darsi casi in cui un'impresa non è consapevole della propria posizione dominante e pertanto intraprende operazioni commerciali che sarebbero, in ipotesi di normale concorrenza, del tutto lecite, ma che divengono illecite proprio in virtù della posizione dominante. L'accertamento di tale posizione, salvo le ipotesi della cd. “*super – dominance*” (così R. WISH, *op. cit.*, p. 519 in cui un'impresa ha quote di mercato che rasentano il monopolio), dipende da numerosi fattori, primo fra tutti l'individuazione del mercato rilevante. Detto ultimo fattore è suscettibile di diverse valutazioni e la posizione di un'impresa può variare sensibilmente a seconda che si prenda come parametro di riferimento un mercato del prodotto più o meno esteso. Basti pensare al celeberrimo caso *United Brands*, in cui il mercato delle banane è stato considerato come distinto da quello degli altri tipi di frutta, e conseguentemente l'impresa è stata ritenuta in posizione dominante.

⁵⁶⁰ In materia di errore sul diritto esistono interpretazioni contrastanti: da un lato vi è chi ritiene che l'errore debba cadere sul precetto normativo; dall'altro vi è chi ritiene che esso debba cadere sul disvalore sociale del fatto o nella sua generica illiceità. Sul tema si veda R. BLAIOTTA, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁶¹ G. FLORA, *op. cit.*, p. 256.

⁵⁶² G. FLORA, *op. cit.*, p. 259; M. G. ROSA, *Ignoranza scusabile della legge penale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1725 e ss..

⁵⁶³ Per ampi riferimenti cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 312; S. L. DAVIES, *The Jurisprudence of Willfulness: an evolving theory of excusable ignorance*, in *Duke Law Journal*, 1998, p. 341 e ss..

la sua azione avrebbe violato un precetto penale, non era in grado di scegliere tra il rispetto e la violazione della legge penale”⁵⁶⁴ e costituisce il logico corollario del brocardo *qui in re illicita versatur respondit etiam de casu*: un soggetto deve essere punito per tutte le conseguenze che derivano dalla propria condotta per il semplice fatto di avere intrapreso un’azione illecita, a prescindere dalla circostanza che abbia voluto o, si sia anche solo rappresentato tutte le conseguenze.

Tale rigore ha subito attenuazioni in pressoché tutti gli ordinamenti, poiché non si è ritenuto che conforme al principio di legalità la previsione dell’impossibilità di escludere la responsabilità nei casi in cui un soggetto abbia posto in essere una condotta in maniera non colpevole, dovuta ad inevitabile ignoranza del precetto⁵⁶⁵. Il carattere personale della responsabilità (penale) e la funzione anche rieducativa della pena impongono che tra il fatto e il suo autore vi sia una stretta relazione di appartenenza espressa, non solo, dal nesso di causalità materiale e da un nesso subiettivo costituito almeno dalla colpa, ma anche da un rimproverabile contrasto o indifferenza nei confronti dei valori della convivenza espressi dalle norme penali. Conseguentemente, la possibilità di conoscenza della norma costituisce elemento essenziale della colpevolezza⁵⁶⁶. Risulta infatti evidente che, ove un soggetto agisca per ignoranza della regola prudenziale, il dovere di diligenza non può avere efficacia motivante ed anche la minaccia della pena, che si riconnette all’inosservanza della cautela doverosa, non è in grado di svolgere la funzione

⁵⁶⁴ E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 863.

⁵⁶⁵ Per quanto riguarda l’ordinamento italiano si veda la fondamentale sentenza della Corte Costituzione n. 364/1988, sopra citata. In materia cfr. G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385; T. PADOVANI, *L’ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell’art. 5 c.p.*, in *Legisl. Pen.* 1988, p. 449; N. PISANI, *L’elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello Statuto della Corte Internazionale Penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1370 e ss..

⁵⁶⁶ R. BLAIOTTA, *op. cit.*, p. 102.; la Corte Costituzionale italiana, nella sentenza n. 364/1988 sopra citata, ha posto in luce alcuni punti in materia che meritano di essere sottolineati. I giudici della Consulta hanno rilevato come un soggetto debba poter trovare nelle leggi che cosa gli è permesso e cosa invece gli è vietato. Il principio di colpevolezza sarebbe dunque necessario al fine di garantire al singolo la certezza di libere scelte d’azione. A nulla varrebbe garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi quando un soggetto potrebbe essere chiamato a rispondere di fatti che non può comunque impedire o in relazione ai quali, senza colpa, non è in grado di ravvisare il dovere di evitarli contenuto nel precetto. Cfr. M. DONINI, *op. cit.*, p. 207, secondo il quale il principio di colpevolezza “costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto”; F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 92.

preventiva. Si deve quindi analizzare se l'agente, in concreto, poteva superare i possibili ostacoli che possono impedire o rendere più difficoltosa l'individuazione o la comprensione della fonte produttiva della regola cautelare.

Solo quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (a rischio però di strumentalizzazione) potrebbe configurarsi una responsabilità per fatti non riconducibili a colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Tali considerazioni necessitano però di opportuni adeguamenti per quanto riguarda la materia antitrust, posto che risulta particolarmente difficile poter individuare la funzione rieducativa in sanzioni che riguardano entità giuridiche astratte ed impersonali quali sono le società, anche se non è del tutto escluso che possa parlarsi di finalità rieducativa in tale ambito⁵⁶⁷.

In materia penale è stato osservato⁵⁶⁸ come l'*ignorantia legis* si atteggi in maniera differente a seconda che si tratti di reati "naturali" oppure "artificiali"⁵⁶⁹. Con riferimento ai primi si intendono quei reati che sono cosiddetti *mala in se*, in quanto non si tratta di fatti che sono solamente antiggiuridici, ma che sono anche sentiti come offensivi dalla comune morale, come ad esempio l'omicidio: un soggetto può pertanto rendersi conto del loro disvalore anche a prescindere dalla conoscenza della loro antiggiuridicità. Con i secondi, ossia i cosiddetti reati *mala quia vetita* si intendono quei reati che non sono percepiti come illeciti sul piano della morale, come ad esempio i reati economici e tributari. Un soggetto, quindi, potrebbe non rendersi conto del loro disvalore, se non possiede una previa conoscenza della loro antiggiuridicità. Con riferimento ai primi, la distinzione tra errore sul fatto ed errore sul precetto riveste notevole rilevanza. Il substrato di antiggiuridicità che essi possiedono prima sul piano umano e della morale che su quello

⁵⁶⁷ Cfr. Sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, *G. M. Martinelli c. Commissione*, causa T-150/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1165, punto 59 "(...) *Le ammende sono infatti uno strumento della politica di concorrenza della Commissione. Per questo motivo essa deve disporre di un margine di discrezionalità nel fissare i loro importi al fine di orientare il comportamento delle imprese verso il rispetto delle regole sulla concorrenza*". Sulla finalità rieducativa delle sanzioni antitrust cfr. TAR Lazio, sez. I, 28 gennaio 2005, n. 689.

⁵⁶⁸ A. CALABRIA, *op. cit.* p. 35 e ss.

⁵⁶⁹ *Ibidem*. L'A. sopra citata sottolinea come la validità di tale distinzione, oltre a trovare conferma nelle opinioni espresse dalla migliore dottrina, ha anche precedenti risalenti al diritto romano. In passato si riteneva che il rigore dell'ignoranza inescusabile trovasse attenuazione in favore delle donne e dei rustici nelle ipotesi in cui la legge ignorata non trovasse fondamento nella morale.

legislativo, fa sì che sia altamente improbabile che un soggetto possa trovarsi in errore sul precetto, in quanto l'illiceità dell'atto compiuto dovrebbe essere conosciuta anche ed a prescindere dalla conoscenza o conoscibilità della norma incriminatrice. Con riferimento ai secondi, invece, la rilevanza della distinzione sopra evidenziata è maggiormente attenuata, in quanto il soggetto anche se agendo desidera un fatto identico a quello vietato, se non ha la consapevolezza dell'antigiuridicità di tale comportamento, difficilmente potrà avere anche coscienza dell'illiceità dello stesso. Per quanto attiene agli illeciti antitrust si farà riferimento alle teorie relative agli illeciti artificiali, in quanto, come sopra esposto sub. par. 4, il disvalore di alcune condotte non può dirsi ancora completamente assimilato a livello europeo e la loro illiceità può dipendere da numerose variabili economiche la cui previa conoscibilità può risultare, in determinati casi, fondamentale.

L'ignoranza del precetto esclude la responsabilità solamente nel caso in cui si tratti di ignoranza inevitabile-scusabile⁵⁷⁰, ossia quando non sia dovuta ad inerzia o negligenza del soggetto. L'ignoranza colpevole non risulta infatti idonea ad escludere la responsabilità. Con tale ultima dizione si intende quell'ignoranza determinata dalla inosservanza di regolari cautelari di condotta, che hanno come contenuto l'assunzione di idonee informazioni circa il contenuto precettivo della legge con riferimento al tipo di attività svolta. Si ritiene, infatti, che l'informazione debba essere proporzionata al diverso grado di attività svolta⁵⁷¹.

Occorre quindi individuare i parametri in base ai quali stabilire l'inevitabilità o meno dell'*ignorantia legis*. Secondo l'opinione espressa dalla migliore dottrina⁵⁷², l'ignoranza è scusabile nella misura in cui non possa essere rimproverabile all'agente. Si ritiene che si sia in presenza di ignoranza incolpevole nel caso di caso fortuito o forza maggiore, ossia impossibilità oggettiva, generale ed invincibile di conoscenza, o di errore scusabile, in quanto dovuto a erronea informazione o informazioni fuorvianti fornite da

⁵⁷⁰ A. CALABRIA, *op. cit.*, p. 37. Nell' *US Sentencing Guidelines Manual*, *cit.*, p. 580, l'ignoranza colpevole ("*wilfully ignorant of the offense*") viene definita come quella per cui l'individuo "*did not investigate the possible occurrence of unlawful conduct despite knowledge of circumstances that would lead a reasonable person to investigate whether unlawful conduct had occurred*".

⁵⁷¹ A. CALABRIA, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁷² A. CALABRIA, *op. cit.*, p. 55 e bibliografia ivi citata.

fonti qualificate⁵⁷³.

Infine l'ignoranza non deve essere attribuibile all'agente per l'omissione di quelle attività di informazione che erano da lui ragionevolmente esigibili. Il parametro delle regole di condotta che devono essere seguite viene in genere individuato secondo il comportamento ragionevolmente esigibile dall'agente modello rapportato alla reale attività posta in essere, ossia l'*homo eiusdem professionis et condicionis*.

La scusabilità dell'errore di diritto inevitabile, dunque, può trovare applicazione solo allorché l'agente abbia svolto tutte le possibili indagini al fine di risolvere il dubbio oppure, pur avendole svolte, sia rimasto in una situazione soggettiva di incertezza sull'illiceità del fatto e quindi di dubbio irrisolto⁵⁷⁴.

Il profilo della conoscibilità della legge è strettamente connesso con il principio di legalità⁵⁷⁵. Autorevole dottrina⁵⁷⁶ ha evidenziato come nel caso di normativa oscura o particolarmente contraddittoria, la scusabilità dell'ignoranza o dell'errore di diritto deriverebbe da un vizio a monte, ossia la carenza di tassatività della fattispecie. Con tale principio si intende garantire ai soggetti, attraverso la possibilità di conoscenza delle norme, la sicurezza giuridica di consentire libere scelte d'azione. Incombe però sui soggetti un dovere di informazione, prodromico alla condotta che si vuole intraprendere, rapportato alla complessità di tale attività. Le norme che individuano illeciti di pura creazione legislativa comportano un più intenso dovere di conoscenza degli operatori. Se nonostante l'adempimento di tale dovere, il soggetto viola un divieto nell'ignoranza della legge, tale ignoranza dovrebbe condurre all'esclusione della colpevolezza. L'errore e l'ignoranza devono dunque investire il precetto normativo. Un approccio che desse rilevanza all'errore sulle conseguenze illecite del fatto, come avviene in ambito comunitario, non potrebbe del resto essere applicabile agli illeciti colposi, posto che in questi ultimi per definizione l'evento o comunque le sue conseguenze non dovevano essere previste dal soggetto agente: nel caso in cui vi fosse tale previsione, si

⁵⁷³ *Ibidem*.

⁵⁷⁴ R. BLAIOTTA, *Coscienza del disvalore sociale e colpevolezza: le antinomie della Suprema Corte*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 99.

⁵⁷⁵ Sul quale si veda il prossimo capitolo.

⁵⁷⁶ L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1313; M. G. DE ROSA, *Ignoranza scusabile della legge penale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1725.

sarebbe infatti in presenza di un illecito doloso.

6. Segue: applicazione della disciplina dell'errore nel diritto comunitario della concorrenza

Occorre ora esaminare come il tema dell'errore e dell'*ignorantia legis* sia stato affrontato a livello comunitario. Uno dei primi casi che si è occupato della materia è quello relativo a *Hoffman- La Roche*. Nelle conclusioni, l'Avvocato Generale⁵⁷⁷, dopo avere effettuato un'ampia disamina del principio di legalità inteso quale certezza del diritto con riferimento all'abuso di posizione dominante, ha sottolineato come, dalla prassi di alcuni Stati membri e da autorevole dottrina⁵⁷⁸, fosse possibile desumere la vigenza anche in ambito comunitario del principio della valenza scusante dell'errore di diritto. Con precipuo riferimento al caso di specie, poi, l'Avvocato Generale non ha avuto esitazioni a ritenere che ci si trovasse in presenza di un errore di diritto escludente la responsabilità e che comunque *“la colpevolezza (n.d.r. era) stata così ridotta che non v'era motivo di infliggere un'ammenda, e questo particolarmente quando s'aveva a che fare con un'impresa che s'era dimostrata – e tutti lo hanno riconosciuto – pronta alla massima cooperazione durante il procedimento amministrativo e che aveva provveduto immediatamente a far cessare il comportamento criticato”*.⁵⁷⁹ La società *Hoffman-La Roche* sosteneva, infatti, di ignorare di trovarsi in posizione dominante e di essere stata tratta in inganno da una recente decisione, in cui la Commissione aveva esentato ex art. 81 n. 3 CE una serie di clausole contrattuali del tutto identiche a quelle che essa stipulava con i suoi clienti. Tale impostazione è stata disattesa dalla Corte che ha invece sottolineato come

⁵⁷⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale *Reisch*, causa 85/76, in *Racc.*, 1979, pp. 594-596.

⁵⁷⁸ L'Avvocato Generale (pag. 596) ha ritenuto di convenire con le affermazioni della ricorrente ed in particolare ha rilevato che la teoria dell'errore scusabile sul divieto è *“assai diffusa e meritevole d'essere accolta anche nell'ambito comunitario, e specificamente nel settore delle ammende, come elemento di progresso giuridico. Rinvio, in proposito, alle osservazioni svolte dalla ricorrente circa l'efficacia dell'errore sul divieto nell'ordinamento tedesco, anche per quanto riguarda le contravvenzioni, nonché ai diritti danese, olandese e francese – almeno sotto l'aspetto del dibattito dottrinale – e ricordo che lo stesso Jeschenek nel suo trattato “Die Strafgewalt üernationaler Gemeinschaften (Zeitschrift für die gesamante Staatswissenschaft 1953, pag. 497 e ss.) ha sostenuto che un principio di tal genere era stato introdotto nel diritto comunitario dall'art. 36 del Trattato CECA. Contro di ciò avrebbe poca importanza che gli ordinamenti inglese ed italiano siano ancora un po' restii ad accettare tale principio”*.

⁵⁷⁹ Conclusioni cit., p. 597.

una società di tali dimensioni non potesse ignorare di trovarsi in una posizione dominante e che non avrebbe potuto invocare come scusante la recente decisione di esenzione della Commissione, in quanto si trattava di un caso che non coinvolgeva una società in posizione dominante. Ad avviso della Corte, inoltre, eventuali incertezze interpretative relative all'applicazione dell'art. 82 CE avrebbero potuto trovare una soluzione grazie al meccanismo indicato dal previgente art. 2 del regolamento n. 17/62 che prevedeva la possibilità di ottenere un'attestazione negativa⁵⁸⁰. Secondo la Corte, dunque *“l'asserita imprevedibilità è tanto più ammissibile in quanto almeno la possibilità, se non la probabilità, di detta applicazione doveva venir tenuta presente da un operatore economico avveduto e l'art. 2 del regolamento n. 17 consentiva di ottenere preventivamente precisazioni circa l'applicazione dell'art. 86 a casi dubbi; tuttavia la ricorrente non ha ritenuto di avvalersi di questa possibilità di ottenere la certezza del diritto di cui essa si duole”*⁵⁸¹.

Le imprese coinvolte in infrazioni del diritto della concorrenza hanno più volte tentato di utilizzare l'argomento relativo all'errore di diritto o comunque all'incertezza delle norme ed alla mancanza di precedenti per sfuggire all'applicazione di sanzioni. Seppure in maniera estremamente restrittiva e con motivazioni notevolmente scarse, la Commissione ha in talune occasioni evitato di infliggere ammende proprio basandosi su dette considerazioni. Nella decisione *Decca Navigator System*⁵⁸² la Commissione ha rilevato che *“a causa della complessità della valutazione giuridica del*

⁵⁸⁰ *“La Commissione può accertare, su domande della imprese e associazioni di imprese interessate, che in base agli elementi a sua conoscenza, essa non ha motivo di intervenire, a norma dell'art. 85, paragrafo 1, o art. 86, nei riguardi di un determinato accordo, decisione o pratica”*. Attualmente, il nuovo art. 10 del regolamento n. 1/2003 prevede che *“Per ragioni di interesse pubblico comunitario relative all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, la Commissione, d'ufficio, può stabilire mediante decisione che l'articolo 81 del trattato è inapplicabile a un accordo, a una decisione di un'associazione di imprese o a una pratica concordata, o perché le condizioni dell'art. 81, paragrafo 1, del trattato non sono soddisfatte, o perché sono soddisfatte le condizioni di cui all'art. 81, paragrafo 3 del trattato. La Commissione può effettuare una tale constatazione anche in relazione all'art. 82”*. Queste considerazioni non risultavano accolte nelle conclusioni dell'Avvocato Generale sopra citate, il quale non ha esitato ad affermare che *“non si può validamente contrapporre che la ricorrente avrebbe potuto garantirsi da errori mediante ricerche giuridiche e che, conoscendo il diritto nazionale, il quale era in parte assai diverso da un paese all'altro, essa avrebbe dovuto essere prudente”*.

⁵⁸¹ Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, *Hoffman-La Roche c. Commissione*, causa 85/76, in *Racc.*, 1979, p. 461, punto 134.

⁵⁸² Decisione del 21 dicembre 1988, IV 30.979 e 30.394 in GU L 43 del 15.2.1989, p. 27, punto 133.

presente caso e della mancanza di precedenti, non è possibile accertare che la *Recal Decca* ha violato intenzionalmente o semplicemente per negligenza l'art. 86" e pertanto non ha ritenuto opportuno comminare alcuna ammenda. Analogamente, nel caso *ABG/Società petrolifera operante nei Paesi Bassi*⁵⁸³, l'istituzione comunitaria, sulla base della considerazione che "incertezze regnavano sul mercato olandese dei prodotti petroliferi in seguito all' 'ignoranza in ordine agli sviluppi possibili della crisi', il che ha reso difficile apprezzare le riduzioni di forniture da operare" ha ritenuto opportuno non comminare ammende al rifiuto di fornitura posto in essere da detta società. Lo stesso è accaduto anche nel caso *Continental Can*⁵⁸⁴ in cui la Commissione non ha sanzionato l'abuso di struttura posto in essere dalla società coinvolta, stante l'assenza di precedenti e conseguentemente la novità della materia.

Nel caso *United Brands*⁵⁸⁵, invece, né la Commissione, né la Corte hanno accolto i rilievi della società relativi al fatto di ignorare di trovarsi in una posizione dominante; è stato infatti stabilito che le dimensioni e l'esperienza commerciale, anche internazionale, di tale società le avrebbero consentito di conoscere a fondo le varie legislazioni in materia di concorrenza e pertanto essa non avrebbe potuto ignorare che la condotta posta in essere violava l'art. 82 CE.

Nella nota vicenda *Akzo*⁵⁸⁶ la Corte ha ritenuto, invece, di ridurre l'ammenda inflitta alla società, in quanto gli illeciti del caso di specie, ossia la pratica di prezzi predatori inferiori alla media dei costi variabili o alla media dei costi totali, attenevano ad "un ambito normativo nel quale le regole di concorrenza non erano mai state precisate".

Per quanto riguarda l'induzione in errore da parte delle istituzioni, merita richiamarsi la pronuncia *Suiker Unie*⁵⁸⁷ in cui la Corte ha ammesso che il testo di una comunicazione della Commissione sui contratti di rappresentanza commerciale avesse potuto far ritenere che "una prassi genere

⁵⁸³ Decisione del 19 aprile 1977, IV 28.841, in GU L 117 del 9.5.1977, p. 1.

⁵⁸⁴ Decisione della Commissione del 9 dicembre 1971, IV 26.811, in GU L 7 del 8.1.1972, p. 25.

⁵⁸⁵ Sentenza della Corte del 14 febbraio 1978, *United Brands Company* e *United Brands Continental B.V.* c. Commissione, causa 27/76, in *Racc.*, 1978, p. 207.

⁵⁸⁶ Sentenza della Corte del 3 luglio 1991, *Akzo Chemie BV* c. Commissione, causa C-62/86, in *Racc.*, 1991, p. I-3359.

⁵⁸⁷ Sentenza della Corte del 16 dicembre 1975, *Coöperatieve Verening Suiker Unie U.A* e a. c. Commissione, cause riunite da 40 a 48, 50, da 54 a 56, 111 e 113/73, in *Racc.*, 1975, p. 1663, punti 555-556.

fosse ciononostante ammessa, in quanto compatibile con il trattato” e che pertanto di detta infrazione non dovesse tenersi conto, quanto meno, ai fini della commisurazione dell’ammenda.

L’elemento dell’errore è stato espressamente menzionato nella decisione *Pasta di Legno*⁵⁸⁸ in cui la Commissione ha evidenziato come l’infrazione contestata non poteva dovuta ad errore scusabile e inevitabile. Ciononostante, l’istituzione comunitaria ha tenuto conto, ai fini della commisurazione dell’ammenda, del fatto che molti dei comportamenti in questione erano stati indotti da una legislazione comunitaria e ciò aveva comportato per talune imprese l’assoluta inconsapevolezza di commettere violazioni del diritto della concorrenza europeo.

Nella decisione *Deutsche Post*⁵⁸⁹ la Commissione, pur rilevando come il comportamento anticoncorrenziale fosse stato posto in essere “*per lo meno per negligenza*”, ha ritenuto di imporre solamente una sanzione simbolica, poichè la giurisprudenza tedesca in materia di *remailing* aveva obiettivamente dato luogo ad una situazione di incertezza giuridica, che poteva avere tratto in errore la società. Lo stesso è avvenuto nel caso *Coppa del mondo di calcio 1998*⁵⁹⁰ in cui la Commissione ha rilevato l’assenza di intenzionalità del comportamento lesivo della concorrenza delle società coinvolte e la novità della fattispecie ed ha comminato solamente un’ammenda simbolica⁵⁹¹.

Recentemente, il tema della rilevanza dell’*ignorantia legis* è stato toccato, seppure *incidenter tantum*, nelle conclusioni dell’Avvocato Generale rese nella causa *General Motor BV*⁵⁹². A fronte dell’obiezioni delle parti relative al fatto che la Commissione ed il Tribunale in prima istanza avrebbero

⁵⁸⁸ Decisione del 19 dicembre 1984, IV/29.725, *Pasta per carta*, in GU L 85 del 26.3.1985, p. 1, punto 146.

⁵⁸⁹ In GU L 331 del 15.12.2001, p. 77, punto 193.

⁵⁹⁰ Decisione della Commissione del 20 luglio 1999, IV/36.888, *Coppa del Mondo di calcio 1998*, in GU L 5 del 8.1.2000, p. 55.

⁵⁹¹ Al punto 123 della Decisione sopra citata si legge infatti “*la Commissione constata che le modalità di bigliettazione applicate dal CFO risultano analoghe a quelle adottate per altri campionati mondiali svoltisi in passato, e che le questioni sollevate in riferimento all’applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza sono tanto specifiche da non consentire conclusioni agevolmente desumibili da pregresse decisioni della Commissione o dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Pertanto la Commissione è giunta alla conclusione che all’epoca CFO non era consapevole dell’incompatibilità con il diritto comunitario delle modalità di vendita applicate nel 1996 e 1997*”.

⁵⁹² Conclusioni dell’Avvocato Generale Antonio Tizzano, presentate il 25 ottobre 2005, causa C-551/03P, *General Motors BV* (già *General Motors Nederland BV* e *Opel Nederland BV*), non ancora pubblicate in *Raccolta*.

dedotto l'oggetto restrittivo di un accordo dall'intenzione delle parti di restringere la concorrenza, in quanto per giurisprudenza tale elemento non sarebbe preso in considerazione dalle istituzioni comunitarie, l'avvocato generale ha rilevato che *“la prova dell'intenzione delle parti di restringere la concorrenza non rappresenta un requisito necessario ai fini della determinazione dell'oggetto restrittivo di un accordo. Ma ciò vuol solo dire che un'intesa con la quale le parti perseguono un obiettivo che comporta una restrizione della concorrenza dà luogo di per sé ad una violazione dell'art. 81 CE, indipendentemente dal fatto che le parti fossero consapevoli del divieto imposto da tale disposizione (ignorantia legis non excusat!)”*⁵⁹³.

Da ultimo, deve essere rilevato che la Commissione ha menzionato negli Orientamenti per il calcolo delle ammende del 1998, l'esistenza di un *“dubbio ragionevole dell'impresa circa il carattere di infrazione del comportamento restrittivo della concorrenza”* quale mera ed eventuale circostanza attenuante al fine di una riduzione della sanzione. Tale circostanza è stata applicata nel caso *Architetti Belgi*⁵⁹⁴, in cui la Commissione ha ridotto notevolmente l'ammenda inflitta in virtù del dubbio ragionevole circa la legittimità o meno della tabella fissa di onorari che l'associazione professionale poteva nutrire.

Nei nuovi Orientamenti per il calcolo delle ammende⁵⁹⁵, recentemente pubblicati, il riferimento alla circostanza attenuante sopra menzionata è stato eliminato. Probabilmente, il legislatore comunitario ha ritenuto che, alla luce della copiosa prassi e giurisprudenza esistenti in materia di concorrenza, non possano più darsi ipotesi di 'dubbi ragionevoli'. E' stato, però, espressamente inserita, quale circostanza attenuante, il fatto che autorità statuali possano aver agevolato il comportamento illecito⁵⁹⁶.

Dalle considerazioni sopra esposte si evince come il tema dell'errore di

⁵⁹³ Conclusioni citate, punto 77. Al successivo punto 78 l'Avvocato Generale ha ulteriormente precisato che *“nell'ambito della valutazione di un'intesa ben si può tener conto dell'intenzione delle parti. E del resto proprio la Corte ha avuto modo di precisare che la natura anticoncorrenziale di un accordo può essere dedotta, oltre ovviamente dal contenuto delle sue clausole, anche da una serie di fattori tra cui, appunto, l'intenzione delle parti così come risulta dalla 'genesi' dell'accordo e/o si manifesta nelle 'circostanze della sua messa in atto' nonché nel comportamento delle società interessate”*.

⁵⁹⁴ Decisione della Commissione del 24 giugno 2004, relativa a un procedimento ai sensi dell'art. 81 CE, *Architetti Belgi*, caso COMP 38.549.

⁵⁹⁵ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lett. a) del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU* del 19.9.2006 C 210, p. 2 e ss..

⁵⁹⁶ Cfr. sul punto *supra* Capitolo 3.

diritto sia strettamente connesso con quello della certezza del diritto di cui si tratterà nel prossimo capitolo e come solo in pochi casi la disciplina dell'errore abbia assunto rilevanza ai fini dell'esclusione dell'elemento soggettivo e conseguentemente dell'imposizione di una ammenda.

7. Necessità di distinguere l'intenzionalità e la negligenza quantomeno sotto il profilo della graduazione della sanzione

La colpevolezza assume anche un'importante funzione nella graduazione della sanzione. L'elemento soggettivo è stato spesso utilizzato dalle imprese anche al fine di contestare la determinazione del *quantum* della sanzione. I soggetti coinvolti in illeciti antitrust hanno spesso evidenziato la mancanza di intenzionalità del proprio comportamento per ottenere, quantomeno, una riduzione della sanzione, sulla base del presupposto che le infrazioni intenzionali risulterebbero più gravi di quelle commesse solamente per negligenza.

Occorre pertanto analizzare se, al fine della considerazione della gravità di un'infrazione – elemento questo che unitamente alla durata dovrebbe fungere da “cornice edittale” per determinare l'esatta sanzione - le istituzioni comunitarie tengano conto del carattere intenzionale o meramente negligente dell'infrazione.

La prassi non risulta univoca sul punto. Nelle decisioni più risalenti, la Commissione pare avere dato spazio ad una verifica sulla dolo o meno della condotta posta in essere al fine di commisurare la sanzione. Nel caso *Deutsche Philips*⁵⁹⁷, la Commissione, pur rilevando la gravità del

⁵⁹⁷ Decisione del 5 ottobre 1973, *Deutsche Philips GmbH*, IV/27.010, in *GU* L 293 del 20.10.1973, p. 40. Su di un analogo caso verificatosi in Italia con Poste Italiane s.p.a., il TAR Lazio con la sentenza n. 11962 del 11 dicembre 2002 ha statuito che la quantificazione della sanzione “*deve essere commisurata alla gravità dell'infrazione, con riferimento a tutte le circostanze che l'hanno accompagnata e, soprattutto, all'intensità dell'elemento psicologico in forza del quale l'evento infrazionale si è determinato*”. Il ragionamento dei giudici amministrativi si basa sul fatto che “*la sanzione (qualsiasi sanzione, non soltanto quella penale) ha soprattutto e innanzitutto una finalità educativa (per chiunque sia tentato di ricadere nell'infrazione) per cui la stessa non può essere sempre e soltanto pensata in termini di massimizzazione (altrimenti la medesima perde tutta la sua forza giuridica di convincimento) ma deve essere correttamente individuata in modo che sia apprezzata come 'giusta' risposta dell'ordinamento all'infrazione commessa*”. Tale impostazione è stata criticata in dottrina A. MAZZILLI, *op.cit.*, p. 154 in quanto, ad avviso dell'autore, non si richiederebbe la consapevolezza di contravvenire ad un divieto, ma solamente il fatto di non poter ignorare la rilevanza anticoncorrenziale della condotta. Secondo l'opinione riportata,

comportamento posto in essere dalla società, consistente in clausole contenenti divieti di esportazione, ha sottolineato come a tale gravità dovesse essere comunque contrapposto il fatto che l'infrazione fosse stata commessa per mera negligenza. Nella decisione *Moët et Chandon*⁵⁹⁸ la Commissione ha espressamente annoverato tra gli elementi che deponevano a favore della particolare gravità dell'infrazione - trattandosi di divieti esportazione - anche l'intenzionalità del comportamento e la copiosa prassi esistente in materia. Secondo un'opinione autorevolmente espressa⁵⁹⁹, tale impostazione risulta coerente anche con l'approccio teso alla deterrenza, in quanto chi commette determinati fatti intenzionalmente, altrettanto intenzionalmente poi sarà determinato a nasconderle e pertanto merita una punizione più severa.

Ai sensi dell'art. 23 par. 2, del regolamento n. 1/2003, il *quantum* della sanzione deve essere rapportato alla gravità e durata dell'infrazione. La Corte ha però fornito una definizione di 'gravità' senza menzionare l'elemento intenzionale. In particolare, secondo l'interpretazione della Corte, al fine di valutare la gravità di un'infrazione *“si deve tenere conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa; tra questi fattori possono rientrare, a seconda dei casi, il valore ed il volume delle merci oggetto della trasgressione nonché le dimensioni e la potenza economica dell'impresa e quindi l'influenza che questa ha potuto esercitare sul mercato”*⁶⁰⁰.

dunque, “nessuna rilevanza può essere data agli elementi psichici del dolo e della colpa in sede di valutazione della gravità quale presupposto applicativo della sanzione. Finanche un altro tipico stato soggettivo quale la buona fede del soggetto agente, non può essere riconosciuta come una scriminante attenuante la gravità del comportamento, ai fini dell'applicazione della sanzione”.

⁵⁹⁸ Decisione del 27 novembre 1981, *Moët et Chandon (London) Ltd*, IV/30.188, in *GU L* 94 del 8.4.1982, p. 7; nello stesso senso decisione della Commissione del 18 dicembre 1987, *Konika*, IV/31.503, in *GU L* 78 del 23.3.1988, p. 34; decisione della Commissione del 19 dicembre 1990, *Solvay*, IV/33.133-C, in *GU* del 15.6.1991, p.21.

⁵⁹⁹ W.J.WILS, *The Optimal enforcement of EC Antitrust Law*, op. cit, 36.

⁶⁰⁰ Sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *Sa Musique Diffusion Française* e a. c. Commissione, cause riunite da 100 a 103/80, in *Racc.*, 1983, p. 1825, punto 120; sentenza della Corte del 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH* c. Commissione, causa C-185/95P, in *Racc.*, 1998, p. I-8417, punto 138; sentenza della Corte del 17 luglio 1997, *Ferriere Nord s.p.a.* c. Commissione, causa C-219/95P, in *Racc.* 1997, p. I-4411, punto 33; sentenza del Tribunale di primo grado del 13 dicembre 2001, *Krupp Thyssen Stainless GmbH* e a. c. Commissione, cause riunite T-45 e 47/98, in *Racc.*, 2001, p. II-3757, punto 198.

Successivamente, i giudici comunitari nella pronuncia *SPO*⁶⁰¹ hanno rilevato come dalla giurisprudenza della Corte in materia di ammende potesse desumersi che la gravità dell'infrazione dovesse essere desunta da numerosi elementi, come le circostanze proprie del caso di specie e l'effetto dissuasivo, senza tuttavia aver redatto un elenco esaustivo, per poi osservare come “*dal punto di vista della concorrenza le infrazioni commesse per negligenza non sono meno gravi di quelle commesse dolosamente*”.

Da tale statuizione di principio parrebbe dunque potersi evincere che l'accertamento della gradazione dell'elemento soggettivo, oltre ad avere minima rilevanza ai fini dell'*an* della sanzione, rivesta anche poca importanza ai fini della commisurazione di detta sanzione. La Commissione, nella redazione degli Orientamenti del 1998 ed anche in quelli del 2006⁶⁰² ha effettuato talune precisazioni, ma senza menzionare la rilevanza dell'elemento psicologico al fine della determinazione della gravità dell'infrazione. In primo luogo, per quanto riguarda l'accertamento della gravità dell'infrazione, l'istituzione comunitaria si è limitata a ribadire che ai fini della valutazione di detto elemento debbano essere presi in considerazione “*la natura, l'impatto concreto sul mercato, quando sia misurabile, e l'estensione del mercato geografico rilevante*”; tra gli elementi che possono essere valutati ai fini di detta qualifica, vi è anche la dimensione dell'impresa. Secondo la Commissione, infatti, imprese di notevoli dimensioni “*dispongono quasi sempre di conoscenze e di infrastrutture giuridico-economiche che consentono loro di essere maggiormente consapevoli del carattere intenzionale di infrazione del loro comportamento e delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo della concorrenza*”⁶⁰³.

⁶⁰¹ Ordinanza della Corte del 25 marzo 1996, causa C-137/95P, *Verening van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bounwnijverheid* e a c. Commissione, in *Racc.*, p. I-1611, punti 54-55.

⁶⁰² Per maggiori dettagli, anche alla luce della pubblicazione dei nuovi Orientamenti, si veda il successivo Capitolo 5.

⁶⁰³ Per converso, dimensioni ridotte o conduzione familiare non vengono considerate quali circostanze attenuanti: sentenza del Tribunale di primo grado *Enso Española Sa* c. Commissione, causa T-348/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1875, punto 317; sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002, *LR AF 1998 a/s* c. Commissione, causa T-23/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1705, punto 338. L'elemento delle notevoli dimensioni di un'impresa è stato spesso utilizzato dalla Commissione al fine di affermare che dette imprese non potevano ignorare la legislazione comunitaria; si veda ad esempio decisione *Pasta per carta* del 19 dicembre 1984, *cit.*, punto 146 in cui si è sottolineato come “*imprese di dimensioni di quelle alle quali è destinata la decisione dovrebbero infatti essere correttamente informate sulla*

La graduazione dell'elemento soggettivo pareva assume rilevanza, anche se meramente eventuale, quale circostanza attenuante. La Commissione, infatti, annoverava *“l'esistenza di un dubbio ragionevole dell'impresa circa il carattere di infrazione del comportamento restrittivo della concorrenza”* e il fatto che l'infrazione venisse *“commessa per negligenza e non intenzionalmente”* tra le circostanze attenuanti che consentivano un'eventuale riduzione della sanzione comminata⁶⁰⁴.

8. Accertamento dell'elemento psicologico all'interno dell'organizzazione aziendale

Un altro profilo, che è stato oggetto di analisi da parte delle istituzioni comunitarie, riguarda le modalità di accertamento dell'elemento psicologico all'interno dell'impresa coinvolta nell'illecito antitrust. In particolare, ci si è domandati a quali soggetti operanti nell'impresa dovessero essere ascritti il dolo e la colpa. Questo accertamento, infatti, si pone in maniera diversa rispetto alle persone fisiche, poiché si è in presenza di entità *“artificiali”*, frutto di un riconoscimento legislativo⁶⁰⁵. Le imprese di notevoli dimensioni, poi, presentano una dispersione delle attività operative, un frazionamento di funzioni al loro interno, che rende particolarmente complesso l'accertamento del nesso psichico. Ciò potrebbe condurre ad una irresponsabilità individuale derivante direttamente dalla struttura dell'impresa.

Come già evidenziato al par. 1 del Capitolo 3, varie teorie sussistono sulla modalità di imputazione dell'elemento soggettivo all'interno di una persona giuridica. Tre sono quelle che hanno ricevuto maggior seguito. La prima, dell'identificazione, parte dall'idea che così come l'ordinamento, attraverso una finzione, riconosce una capacità di agire della persona giuridica

situazione giuridica vigente nei loro rispettivi più importanti mercati, quale risulta dalla giurisprudenza costante della Corte e dalle decisioni della Commissione”.

⁶⁰⁴ Cfr. *supra* Capitolo 3. La menzione di tale circostanza è stata eliminata con gli Orientamenti del 2006.

⁶⁰⁵ Per maggiori riferimenti cfr. *supra* par. 1. E' stato osservato (A. DE RISIO, *Societas delinquere potest?*, in *Giur. Merito*, 2005, p. 1153) che per quanto riguarda il profilo della compatibilità con il principio di colpevolezza riferito alle persone giuridiche, il quesito si pone per entrambi i modi in cui esso viene concepito, ovvero sia nel senso di divieto di responsabilità per fatto altrui, sia nel senso di attribuibilità psichica del fatto all'autore. Nel primo significato si ha un responsabilità per l'ente quando in realtà il fatto è stato commesso dalle persone fisiche per esso operanti. Nel secondo, il problema è concepire un'attribuibilità psicologica per un soggetto che naturalisticamente non la ha.

assimilandola pienamente a quella delle persone fisiche, altrettanto deve avvenire per gli atteggiamenti volitivi: un'organizzazione deve essere identificata con le persone che sono direttamente responsabili per essa e la loro attitudine psicologica sarà quella della persona giuridica. Tale teoria, seppure possiede il pregio di rendere estremamente agevole l'accertamento della responsabilità e dell'elemento psichico all'interno di un'impresa, essendo sufficiente individuare tali elementi nei rappresentanti della stessa, non tiene conto dell'attuale struttura delle organizzazioni, in cui i procedimenti decisionali risultano estremamente frazionati e così le relative responsabilità. La seconda teoria, detta della colpa d'organizzazione, cerca di ovviare a tali inconvenienti. Secondo i fautori di questa impostazione, al fine di accertare la responsabilità di una persona giuridica, non è necessario individuare esattamente se l'atto in questione è opera del rappresentante dell'ente, ma è sufficiente verificare che le modalità organizzative dell'ente, ed in particolare i meccanismi di controllo, non siano risultati sufficienti per evitare il verificarsi del comportamento illecito⁶⁰⁶. La terza attiene al principio di causalità e prevede che sia sufficiente verificare l'organizzazione complessa di un'impresa per poterle imputare determinati disordini sociali, proprio a causa di detta organizzazione complessa.

Nell'ambito del diritto della concorrenza, ci si è domandati se una data condotta possa essere validamente imputata ad un'impresa solo nel caso in cui all'interno della stessa risulti possibile individuare i singoli soggetti che abbiano agito intenzionalmente o per negligenza, oppure se la commissione materiale dell'illecito e l'elemento soggettivo possano anche essere attribuibili a soggetti distinti. Il quesito posto ai giudici del Lussemburgo⁶⁰⁷ atteneva al fatto se l'imputazione dolosa di una condotta antitrust poteva risultare sussistente anche nel caso in cui l'intenzionalità della condotta risultasse ascrivibile a determinati soggetti che, però, non avevano materialmente posto in essere l'illecito, invece commesso da altri.

⁶⁰⁶ Si tratterebbe di colpevolezza da inquadrare nell'ambito della concezione normativa, ossia in termini di riprovevolezza, rimprovero che attiene alla mancata adozione di un'adeguata e sufficiente struttura di legalità aziendale. Cfr. G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendenti da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, n Riv. it. dir. e proc. pen. 2004, p. 90 e ss..

⁶⁰⁷ In passato l'argomento era stata toccato solamente *incidenter tantum*, con riferimento alla circostanza che i partecipanti a taluni riunioni, il cui contenuto era palesemente anticoncorrenziali, non possedevano poteri rappresentativi delle società coinvolte nell'illecito. Sul punto cfr. decisione della Commissione del 5 dicembre 1983, IV/30.671, *IPTC Belgium*, in GU L 376 del 31.12.1983, p.7.

La controversia concerneva il caso *Volkswagen*⁶⁰⁸ relativo ad una compartimentazione del mercato italiano dell'automobile. L'azienda tedesca contestava la metodologia utilizzata dalla Commissione nell'accertamento della dolosità dell'infrazione, in quanto l'istituzione comunitaria si era basata unicamente su documenti in cui taluni dirigenti manifestavano il sospetto di commettere infrazioni del diritto della concorrenza. Secondo l'impostazione difensiva, una infrazione poteva dirsi dolosa solo nella misura in cui i soggetti che avevano manifestato tali perplessità avessero potuto essere considerati come una sola persona fisica, che avesse oggettivamente commesso l'infrazione in maniera intenzionale. Nel caso di specie, né la Commissione né il Tribunale di primo grado avevano accertato se i responsabili materiali delle condotte vietate avessero agito dolosamente. Ad avviso di *Volkswagen*, anche supponendo che un'impresa potesse essere considerata responsabile del comportamento di tutte le persone che agiscono nell'ambito della sua sfera d'influenza e responsabilità, il rispetto del principio della colpa avrebbe dovuto comportare l'accertamento dell'elemento psicologico nelle medesime persone che avevano materialmente commesso l'atto contestato. Ciò sulla base della considerazione che, nell'ipotesi di persone giuridiche, il principio di colpevolezza esigerebbe l'accertamento in capo all'impresa quanto meno un'organizzazione carente o l'inosservanza di obblighi di vigilanza⁶⁰⁹. Secondo l'opinione espressa dall'Avvocato Generale⁶¹⁰ l'insieme delle garanzie sviluppate nell'ambito del diritto penale non si trasporrebbe in blocco nel diritto della concorrenza. Il primo vede come protagonisti, da un lato lo Stato sanzionatore e, dall'altro, il presunto autore dell'infrazione: le garanzie ivi previste mirano dunque a compensare uno squilibrio di potere. Nella materia della concorrenza tali parametri risulterebbero alterati, in quanto uno degli scopi che essa si prefigge consiste nel proteggere la collettività dei singoli soggetti che costituiscono la società, composta da gruppi di

⁶⁰⁸ Sentenza della Corte del 18 settembre 2003, causa C-338/00, *Volkswagen AG c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, p. I-9189.

⁶⁰⁹ Pare che l'impostazione difensiva si sia rifatta al concetto di colpa organizzativa (*Organisationsverschulden*), ossia che l'illecito possa essere imputato ad un'impresa solamente se ad essa sia ascrivibile una rimproverabilità per una colpa organizzativa. Con tale dizione si intende la mancata adozione ed efficace attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire illeciti. Cfr. per ampi riferimenti L. BERTONAZZI, *Il d. lgs. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 1166 e ss..

⁶¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 17 ottobre 2002, in *Racc.*, 2003, p. I-9189, punto 66.

consumatori, contro grandi imprese che dispongono di risorse considerevoli. Riconoscere a tali trasgressori le stesse garanzie procedurali accordate al singolo, più vulnerabile, oltre ad essere una “*crudele ironia*”, significherebbe ridurre la protezione, in questo caso economica, del singolo, che è la vittima principale dei comportamenti anticoncorrenziali. Per tali ragioni, l’Avvocato Generale ha ritenuto necessario e corretto che le garanzie previste dal diritto penale potessero subire taluni adattamenti; in particolare, i requisiti della prova indiziaria avrebbero dovuto essere interpretati in modo meno rigoroso, in quanto si trattava spesso dell’unica modalità per accertare l’intenzionalità dell’infrazione. Non sarebbe possibile individuare effettivamente in seno ad un’azienda gli individui cui possa essere imputato l’elemento soggettivo, in quanto in questo modo si riconoscerebbe alla persona giuridica una pressoché totale impunità poiché “*per far cadere ogni accusa sarebbe sufficiente che gli ordini esecutivi fossero sempre impartiti da persone prive di particolari nozioni giuridiche*”.

Secondo la ricorrente, le istituzioni comunitarie avrebbero aderito ad una concezione normativa della colpevolezza in quanto si riferiscono ad una colpa propria dell’impresa invece di imputare la colpa solamente alle persone fisiche⁶¹¹. Tale impostazione costituirebbe, pertanto, il riconoscimento di una mancanza di organizzazione dell’impresa in cui non assumerebbero rilevanza i diversi comportamenti obiettivamente illegittimi posti in essere dai dipendenti. Ne deriverebbe l’onere a carico della Commissione e dei giudici di provare carenze organizzative o violazioni del dovere di sorveglianza dell’impresa, come pareva essere avvenuto in talune occasioni passate⁶¹².

⁶¹¹ Cfr. Decisione 82/267/CEE della Commissione del 6 gennaio 1982 relativa ad una procedura dell’art. 85 CEE (IV/28.748 - *AEG – Telefunken*), in *GU L* 117 del 30.04.1982, p. 5, in cui una società è stata considerata responsabile del comportamento delle sue filiali; decisione 82/203/CEE del 27 novembre 1981, relativa ad una procedura ai sensi dell’articolo 85 CEE (IV/30.188 – *Moët et Chandon (London) Ltd*), in *GU L* 94 del 8.4.1982, p. 7, in cui si è evidenziato come la casa madre, avendo già ricevuto comunicazioni da parte della Commissione, non potesse ignorare l’illiceità delle condotte poste in essere dalle controllate.

⁶¹² Le ricorrenti si sono in particolare riferite alla decisione 83/667/CEE della Commissione del 5 dicembre 1983 relativa ad una procedura a norma dell’articolo 85 CEE (Pratica n. IV/30.671 – *IPTC Belgium*), in *GU L* 376 del 31.12.1983, p. 7, in cui (punto 17) in cui la Commissione non ha considerato rilevante la mancanza di poteri rappresentativi in capo al personale che partecipava alle riunioni con oggetto anticoncorrenziale, in quanto il testo della convenzione illecita era stato spedito alla società che avrebbe pertanto potuto effettuare osservazioni al riguardo. Nell’altra decisione citata, 85/79/CEE del 14 dicembre 1984 relativa ad una procedura ai sensi dell’articolo 85 CEE (IV/30.809 – *John Deere*), in *GU L* 35 del 7.2.1985, p. 58, la Commissione (punto 21) avrebbe assunto come elemento determinante al fine della verifica dell’intenzionalità il fatto che un legale avesse informato i dirigenti

Secondo la Commissione, invece, tale onere della prova non sarebbe compatibile con il diritto comunitario della concorrenza in quanto esso si rivolge unicamente alle imprese e si disinteresserebbe della suddivisione del lavoro e l'organizzazione di queste. Dalla giurisprudenza costante emergerebbe, inoltre, che le imprese rispondono di tutti gli atti delle persone autorizzate ad agire per loro conto⁶¹³.

La Corte, con una motivazione alquanto laconica, ha rigettato la tesi della ricorrente sulla base del rilievo della natura non penale delle sanzioni di cui trattasi⁶¹⁴. Si è ritenuto corretto dimostrare l'intenzionalità dell'infrazione senza l'identificazione esatta delle persone che avrebbero agito con dolo o colpa nell'ambito dell'organizzazione dell'impresa o che avrebbero dovuto essere considerate responsabili della sua organizzazione eventualmente lacunosa⁶¹⁵.

Come evidenziato da parte della dottrina⁶¹⁶, l'impostazione delle istituzioni comunitarie su tale argomento appare, del resto, in linea con la natura quasi "oggettiva" dell'accertamento dell'elemento soggettivo. Si è infatti già rilevato *supra* al par. 4 come per le istituzioni comunitarie il requisito dell'elemento soggettivo venga soddisfatto senza necessità di particolari accertamenti, risultando sufficiente che l'impresa non potesse ignorare che il proprio comportamento rappresentava una violazione del diritto antitrust o comunque una restrizione della concorrenza. L'identificazione esatta dei soggetti cui sia contestualmente ascrivibile l'elemento psicologico e la messa in opera della condotta apparirebbe un'operazione pressoché impossibile per la Commissione, soprattutto con riferimento alle strutture delle imprese, in cui il processo decisionale può apparire in taluni casi estremamente ramificato e diversificato.

Ciò non toglie che la "superficialità" dell'atteggiamento delle istituzioni comunitarie nell'accertamento dell'elemento psicologico ponga interrogativi sulla sua legittimità con riferimento soprattutto alle decisioni

dell'illegalità del comportamento incriminato. Effettivamente, nelle decisioni citate appaio maggiori riferimenti all'organizzazione aziendale e sul grado di informazione circa l'illiceità delle condotte, ma non ci pare che la Commissione abbia effettivamente svolto un accertamento accurato circa la presenza dell'elemento psicologico nei soggetti che hanno materialmente posto in essere la condotta.

⁶¹³ Per maggiori riferimenti cfr. *supra* par. 6.

⁶¹⁴ Sentenza *Volkswagen cit.*, punto 96.

⁶¹⁵ Sentenza *Volkswagen cit.*, punto 98.

⁶¹⁶ C. KERSE – N. KHAN, *op. cit.*, p. 379.

delle associazioni di imprese, delle pratiche concordate e dell'abuso di posizione dominante, in cui spesso si verificano quelle ipotesi di "aree grigie" di cui si è dato conto sopra nel par. 4 e che ora si analizzeranno in dettaglio.

9. Elemento soggettivo e intese

L'accertamento dell'elemento soggettivo nelle intese non solleva, almeno astrattamente, particolari questioni. Con la locuzione accordo, infatti, si intende "*qualsivoglia incontro di volontà proveniente da una pluralità di soggetti indipendenti*"⁶¹⁷, prescindendo dalla vincolatività giuridica dello stesso. L'elemento soggettivo risulterebbe in *re ipsa*, nel concetto stesso di accordo. Apparirebbe arduo per un'impresa sostenere che ha aderito ad un'intesa anticoncorrenziale in maniera inconsapevole. Tale constatazione non viene meno anche per gli accordi che non sono giuridicamente vincolanti, come le lettere di intenti ed i *gentlemen's agreement*, pacificamente ritenuti integranti gli estremi dell'accordo ai sensi dell'art. 81 CE⁶¹⁸: per definizione, la nozione di accordo si struttura sull'esistenza tra almeno due parti, di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi non è rilevante, purché rispecchi la volontà delle parti stesse⁶¹⁹.

Nonostante l'apparente chiarezza, esistono, nondimeno, talune ipotesi di confine in cui la questione dell'accertamento della colpevolezza appare più problematica. Si intende fare riferimento a quel filone giurisprudenziale relativo ai rapporti tra produttori e distributori e che considera illeciti anche comportamenti apparentemente unilaterali del produttore e "tacitamente" accettati dai distributori. Con riferimento a tali pratiche, si pongono tre ordini di questioni strettamente correlate. La prima è relativa alla rilevanza di un comportamento unilaterale ai sensi dell'art. 81 CE; la seconda attiene al grado di colpevolezza dei distributori ai fini della sussimibilità della loro condotta nell'art. 81 CE e la terza al fatto che in taluni casi i grossisti-distributori non sono stati sanzionati, nonostante fosse stato accertato il carattere di accordo e non di mero comportamento unilaterale della pratica in questione.

⁶¹⁷ V. MAGINI – G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2005, p. 26.

⁶¹⁸ Sul concetto di accordo cfr. per ampi riferimenti G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2005, p. 629.

⁶¹⁹ Non rientrano, invece, nel concetto di accordo vietato, le intese infragruppo: vedi *supra* par. 3.

Per quanto attiene alla prima delle questioni sopra esposte risulta pressoché pacifico⁶²⁰ che nel caso in cui la decisione di un produttore si sostanzi in un comportamento unilaterale dell'impresa, tale decisione esula dal divieto di cui all'art. 81 CE, in quanto esso si riferisce espressamente a comportamenti bi o multilaterali.

Con riferimento alla seconda, invece, occorre analizzare in che modo le istituzioni comunitarie abbiano interpretato il concetto di accordo nei rapporti tra produttore e distributori, al fine di verificare se effettivamente anche ai distributori possa essere imputabile la condotta anticoncorrenziale.

In passato, le istituzioni comunitarie hanno ritenuto⁶²¹ che le comunicazioni del produttore relative a pratiche anticoncorrenziali esplicitamente accettate dai distributori, che hanno adempiuto agli obblighi contrattualmente assunti, assurgono al rango di intesa vietata dal Trattato⁶²². Si è accertata l'esistenza di un accordo idoneo a violare l'art. 81 CE, previa verifica del fatto che i provvedimenti successivamente adottati dal produttore si inserissero nel contesto dell'accordo vietato. Da tale impostazione emergerebbe come l'unilateralità di talune condotte fosse solo apparente, in quanto esse nella realtà erano state accettate, almeno tacitamente, dai distributori. Conseguentemente, sulla Commissione incomberebbe l'onere di provare l'accettazione espressa o tacita delle altre parti al comportamento adottato dal produttore. Recentemente, tale prassi è stata oggetto di alcune pronunce che ne hanno notevolmente ridotto la portata e hanno ricondotto

⁶²⁰ Sentenza della Corte del 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEG c. Commissione*, in *Racc.*, 1983, p. 3151; sentenza della Corte del 17 settembre 1985, cause riunite 25/84 e 26/84 *Ford e Ford Europe c. Commissione*, in *Racc.*, 1985, p. 2725; sentenza del Tribunale del 7 luglio 1994, causa T-43/92, *Dunlop Slazenger c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, p. II-441.

⁶²¹ Sentenza della Corte del 12 luglio 1979, *BMW*, causa 32/78 e 36-38/78, in *Racc.*, 1979, p. 2435; sentenza *Sandoz cit.*, in cui il produttore aveva ricercato la cooperazione dei grossisti al fine di eliminare o ridurre le importazioni parallele, in quanto la loro cooperazione era necessaria per conseguire tale obiettivo. Il produttore aveva inserito sulle fatture la dicitura "esportazioni vietate" e le istituzioni comunitarie hanno interpretato tale circostanza come una domanda volta ad ottenere un dato comportamento da parte dei grossisti, che l'hanno accettata (almeno implicitamente) in quanto questi ultimi riproponevano tale dicitura anche ai propri clienti.

⁶²² Nella pronuncia *AEG (cit. supra nota 16)* le istituzioni comunitarie hanno accertato una violazione dell'art. 81 CE nell'esecuzione pratica del contratto, accettata dai distributori e consistente nel rifiuto di ammissione di distributori che rispondevano ai requisiti qualitativi al fine del mantenimento di un certo livello di prezzi. Nel caso *Ford (cit. supra nota 16)* si era posta la questione della legittimità dell'intero sistema di distribuzione adottato dalla casa automobilistica in quanto questa aveva cessato di fornire i rivenditori tedeschi delle automobili con guida a destra.

l'art. 81 CE al suo originario ambito di applicazione, pur senza un disconoscimento espresso della giurisprudenza precedente.

Nel noto caso *Bayer (Adalat)*⁶²³, la Commissione ha adottato un'interpretazione piuttosto lata di accordo, riconoscendo che anche il mero mantenimento di relazioni commerciali tra distributori – grossisti e produttore, fosse suscettibile di rivestire il carattere di intesa vietata. La Commissione aveva dedotto l'esistenza di un accordo dal semplice fatto che i grossisti non avevano interrotto le relazioni commerciali con la *Bayer*, nonostante essa avesse introdotto una nuova politica tendente ad eliminare le importazioni parallele. Il Tribunale non ha accolto la tesi della Commissione ed ha, conseguentemente, annullato la decisione, in quanto i giudici hanno constatato che la prova di un accordo tra imprese deve derivare *“dall'accertamento diretto o indiretto dell'elemento soggettivo che caratterizza la nozione stessa di accordo, ossia la comune volontà degli operatori di attuare un politica, di perseguire un obiettivo o di adottare un preciso comportamento di mercato, a prescindere dal modo con cui si è manifestata la volontà delle parti di comportarsi nel mercato conformemente ai termini dell'accordo stesso”*⁶²⁴. Nel caso in esame, invece, i grossisti, lungi dall'accettare, anche solo implicitamente, le imposizioni unilaterali del produttore, avevano posto in essere comportamenti palesemente in contrasto con esse.

Tale pronuncia è stata confermata anche nell'impugnazione dinanzi alla Corte, che si è pronunciata in seduta plenaria⁶²⁵. In quella sede si è evidenziato come il punto cruciale della questione consista nell'accertamento della reale volontà dei grossisti di aderire alle restrizioni commerciali della *Bayer*. In base ad un'analisi fattuale, non è stato possibile evincere un consenso, nemmeno tacito, alla politica di restrizione delle importazioni parallele adottato da *Bayer*, che anzi si poneva in diretto contrasto con le esigenze dei grossisti, che avevano tentato in tutti i modi di contrastarla⁶²⁶. Il

⁶²³ Sentenza del Tribunale del 26 ottobre 2000, causa T-41/96 *Bayer AG c. Commissione*, in *Racc.*, 2000, p. II-3383.

⁶²⁴ Sentenza *Bayer cit.*, punto 173.

⁶²⁵ Sentenza della Corte del 6 gennaio 2004, *BAI c. Bayer*, cause riunite C-2/01P e C-3/01P, in *Racc.*, 2004, p. II-6349.

⁶²⁶ Tale impostazione è stata accolta anche nella successiva pronuncia del Tribunale del 3 dicembre 2003, *Volkswagen c. Commissione*, causa T-208/01, in *Racc.*, 2003, p. II-5141; e nelle conclusioni dell'Avvocato Generale *Tizzano* rese nell'ambito dell'impugnazione dinanzi alla Corte causa C-74/04P, non ancora pubblicate in *Raccolta*. In questo caso, il Tribunale ha affermato che se da un lato è concepibile che un'evoluzione del contratto possa essere ritenuta

monito che emerge da questa inversione di rotta giurisprudenziale risulta chiaro: se una decisione di un produttore si sostanzia in un comportamento unilaterale di un'impresa, essa esula dall'applicazione dell'art. 81 CE, dato che la nozione di accordo si sostanzia sull'esistenza, tra almeno due parti, di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi è irrilevante purchè sia la fedele espressione della volontà delle parti stesse. Non si possono, dunque, artificialmente considerare come parti di un accordo soggetti, che non traggono alcun vantaggio dalle restrizioni in esso contenute, ma anzi subiscono delle condizioni penalizzanti dal punto di vista commerciale. La ragione è tratta dalla teoria economica, in quanto se un'impresa egemone può produrre un effetto discorsivo della concorrenza attraverso un comportamento unilaterale, quella che non domina il mercato può realizzare il medesimo effetto solo tramite una cooperazione con altre⁶²⁷ e non, quindi, in maniera autonoma.

10. Segue: decisioni di associazioni di imprese

Con la locuzione decisione di associazione di imprese si intende qualsiasi forma di deliberazione, a prescindere dalla sua vincolatività, assunta da organismi o enti associativi, anche di natura pubblicistica, rappresentativi di una categoria di imprese, con lo scopo di influenzare le condotte commerciali delle imprese, provocando così un'alterazione del gioco della concorrenza⁶²⁸. L'elemento caratterizzante di tale fattispecie viene ravvisato nell'esistenza di una struttura comune che, a prescindere dal perseguimento o meno di uno scopo di lucro, svolga la funzione di esprimere la volontà collettiva delle

anticipatamente accettata a partire dal momento e mediante la sottoscrizione di un contratto di concessione legittimo, qualora si tratti di un'evoluzione legittima o che è prevista nel contratto stesso o conforme agli usi, dall'altro, altrettanto non può dirsi per le evoluzioni illegittime. Per ampi riferimenti cfr. P. MANZINI, *Antitrust applicato*, op. cit., p. 114.

⁶²⁷ P.S. JAKOBSEN – M. BROBERG, *The Concept of Agreement in Article 81 E.C.: on the Manufacturer's Right to Prevent Parallel Trade within the European Community*, in *ECLR*, 2003, p. 127.

⁶²⁸ P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, p. 66. Un organismo non è qualificabile come associazione di imprese quando è composto da una maggioranza di rappresentanti di pubblici poteri e le sue decisioni sono adottate tenendo in considerazione un certo numero di criteri di interesse pubblico ai sensi della legge nazionale. Cfr. sentenza della Corte del 18 giugno 1998, Commissione c. Italia (*"Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali"*) causa C-35/96, in *Racc.*, 1998, p. I-3851, punto 34; sentenza della Corte del 12 settembre 2000, *Pavlov e.a.*, cause riunite e da C-180/98 a 184/98, in *Racc.*, 2000, p. I-6451.

imprese che vi aderiscono, consentendo quindi di influenzare le singole condotte. Detta forma di intesa vietata assume rilevanza specialmente nei casi in cui si sia in presenza di un numero elevato di imprese coinvolte e, pertanto, l'intesa può essere più efficacemente raggiunta per il tramite di un organismo comune. L'associazione di imprese può altresì rappresentare una sorta di scudo che consente alle imprese quantomeno di attenuare la propria responsabilità. Soprattutto le associazioni di categoria ben si prestano a dissimulare rapporti tra imprese con finalità anticoncorrenziale. L'espressa previsione normativa di tale fattispecie mira, infatti, ad evitare che le imprese possano sfuggire alle regole poste a tutela della concorrenza in base alla forma attraverso cui coordinano il loro comportamento sul mercato⁶²⁹, quali le forme istituzionalizzate di cooperazione, ovvero le situazioni in cui gli operatori economici agiscono per il tramite di una struttura collettiva o un organo comune. Essa, inoltre, consente di facilitare l'onere probatorio in capo alle autorità antitrust⁶³⁰ che possono imputare direttamente all'associazione la responsabilità dei comportamenti dei propri membri. Risulta più agevole accertare la restrittività di un atto concorrenziale adottato da un organismo comune, che dimostrare la concertazione messa in atto da più imprese a danno della concorrenza. Si consente, dunque, alla Commissione di intervenire in uno stadio preliminare della fattispecie, senza attendere il manifestarsi in concreto di un certo parallelismo di azione delle imprese, che caratterizza le pratiche concordate.

Anche lo stesso accordo associativo, di per sé, può essere valutato come lesivo della concorrenza nella misura in cui abbia ad oggetto restrizioni della concorrenza, come ad esempio la previsione di uno stretto collegamento tra imprese associate o il coordinamento delle loro politiche di prezzi⁶³¹. La previsione dell'illiceità delle decisioni tende invece a colpire il momento operativo, se collusivo, dell'associazione. Si consente di vagliare l'eventuale illegittimità delle decisioni attraverso cui si attua il coordinamento tra le imprese, anche se questo non è previsto dall'atto costitutivo della stessa associazione. La decisione di associazione di imprese potrebbe apparire *prima*

⁶²⁹ Cfr. sul punto conclusioni dell'Avvocato Generale Lèger presentate il 10 luglio 2001, nella causa C-309/99, *J. C. J. Wouter e a. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in *Racc.*, 2002, p. I-1577, punto 62.

⁶³⁰ P. FATTORI – M. TODINO, *op. cit.*, p. 67.

⁶³¹ G. FLORIDIA – V. G. CATELLI, *Diritto antitrust*, Milano, 2003, p. 126.

facie un comportamento unilaterale e conseguentemente esulare dall'ambito di applicazione dell'art. 81 CE; a tal proposito, è stato rilevato⁶³², come in realtà tale decisione rappresenti l'espressione della volontà delle imprese associate e pertanto rientri nelle ipotesi delle intese vietate. Non assume rilevanza nemmeno il fatto che l'associazione non persegua fine di lucro o non ponga in essere alcuna attività commerciale, in quanto ciò che rileva è che l'attività posta in essere dall'associazione o dalle imprese associate produca effetti vietati da tale norma⁶³³.

L'associazione stessa può poi essere qualificata come impresa nel caso in cui svolga un'attività economicamente rilevante⁶³⁴, mentre, come già evidenziato, l'esercizio di un'attività economica non è una condizione richiesta per qualificare un organismo un'associazione di imprese⁶³⁵. Pertanto, nell'ipotesi in cui l'associazione sia qualificata impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza e ponga in essere un comportamento illecito, esso riceverà una diversa qualificazione giuridica rispetto a quella delle decisioni di associazioni di imprese.

L'infrazione del diritto della concorrenza può essere quindi imputata sia alle imprese partecipanti all'associazione, sia a quest'ultima, sia ad entrambi. La prassi in materia risulta essere particolarmente ambigua. Con riferimento all'imputazione direttamente in capo all'associazione, i giudici comunitari hanno sottolineato come occorra la prova dell'esistenza di un comportamento distinto dell'associazione rispetto a quello dei suoi membri⁶³⁶. Per converso, si è ritenuto che l'infrazione possa essere imputata anche alle singole imprese associate nel caso in cui esse abbiano assunto il ruolo di

⁶³² *Ibidem*.

⁶³³ Cfr. sul punto sentenza della Corte del 29 ottobre 1980 *Heintz van Landewyck sarl* e a. c. Commissione, cause riunite da 209/78 a 215/78 e 218/78, in *Racc.*, 1980, p. 3125, punto 86; sentenza della Corte dell'8 novembre 1983, *NV Iaz International Belgium* e a. c. Commissione, cause riunite 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82, 110/82, in *Racc.*, 1983, p. 3369, punto 20; sentenza del Tribunale del 15 marzo 2000, *Cimenteries CBR* e a. c. Commissione, cause riunite T-25/95 e ss., in *Racc.*, 2000, p. II-491.

⁶³⁴ Sulla nozione di impresa ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza, cfr. *supra* par. 2.

⁶³⁵ Conclusioni *Wouters*, *cit.*, punto 138; nel caso in esame, in particolare, i ricorrenti si erano domandati se l'associazione nazionale forense potesse essere qualificata impresa e conseguentemente essere soggetta all'applicazione dell'art. 82. Secondo l'Avvocato Generale e la Corte, tale organismo, nella misura in cui esercita il suo potere regolamentare al fine di organizzare la professione forense nei Paesi Bassi non offre alcun servizio dietro corrispettivo sul mercato.

⁶³⁶ Sentenza *Cimenteries cit.*, punto 1325.

rappresentanti dell'associazione stessa o abbiano applicato l'accordo⁶³⁷, o ancora quando esse abbiano ammesso di far propria la deliberazione dell'associazione che così viene a costituire "l'espressione fedele"⁶³⁸ della volontà delle imprese. La possibilità di imputare direttamente all'associazione il comportamento anticoncorrenziale pone una serie di delicate questioni. Quella che rileva ai presenti fini attiene al fatturato di riferimento per la commisurazione della sanzione e conseguentemente il rispetto del tetto massimo del 10% del fatturato previsto dall'art. 23 del regolamento n. 1/2003 e prima dall'art. 15 del regolamento n. 17/62. Ci si è domandati quale sia il volume d'affari da prendere in considerazione nel caso in cui l'associazione non svolga un'attività commerciale e, pertanto, non disponga di risorse proprie. Sul punto hanno avuto occasione di pronunciarsi i giudici comunitari, secondo i quali occorre rapportarsi al volume d'affari realizzato dalle imprese partecipanti all'accordo, soprattutto nelle ipotesi in cui l'associazione possa impegnare i propri membri in virtù delle proprie norme interne⁶³⁹. Il punto è stato oggetto di contestazione, in quanto non conforme con il principio di personalità della pena⁶⁴⁰, poiché la fissazione dell'ammenda avverrebbe in funzione di profitti conseguiti da terzi – le imprese associate – che potrebbero non essere coinvolte nella procedura amministrativa. Secondo i giudici comunitari, invece, il tetto massimo del 10% del volume d'affari dovrebbe essere calcolato in rapporto al volume d'affari realizzato da tutte le imprese aderenti all'associazione di imprese, se in forza delle sue regole interne, essa può impegnare i suoi membri⁶⁴¹. Tale impostazione riceverebbe ulteriore avallo dal fatto che nella fissazione dell'importo dell'ammenda le istituzioni comunitarie possono tenere conto anche dell'influenza che l'impresa ha potuto esercitare sul mercato. Come è noto, detta influenza può risultare dalle dimensioni e dalla potenza economica di un'impresa e tali fattori possono essere desunti dal suo volume d'affari⁶⁴². L'influenza che un'associazione di

⁶³⁷ Decisione della Commissione del 30 novembre 1994, caso Cemento, in *GU* L 309 del 2/12/1994.

⁶³⁸ Sentenza della Corte del 29 ottobre 1980, *FEDETAB*, cause riunite da 209 a 215 e 218/78, in *Racc.*, 1980, p. 3125.

⁶³⁹ Sentenza del Tribunale del 23 febbraio 1994, *Groupment des Cartes Bancaries "ch" e Europay International SA* c. Commissione, cause riunite T-39/92 e T-40/92, in *Racc.*, 1994, p. II-49, punto 136.

⁶⁴⁰ Sentenza *Groupment des Cartes Bancaries* cit., punto 128.

⁶⁴¹ *Ibidem*, punto 137.

⁶⁴² *Ibidem*.

imprese può esercitare sul mercato non può dipendere unicamente dal suo volume d'affari, che in ipotesi potrebbe anche essere inconsistente. Esso non sarebbe idoneo a fornire alcuna delucidazione né delle dimensioni, né dalla potenza economica dell'associazione. L'influenza sul mercato dovrebbe invece essere desunta dal volume d'affari dei suoi membri, che potrebbe costituirebbe un indicatore della dimensione e della potenza economica dell'associazione stessa. Diversamente, alle imprese basterebbe costituire associazioni prive di qualsivoglia fatturato, facendo poi adottare le decisioni da quest'ultima, per risultare praticamente immuni da sanzioni.

Con riferimento alla censura relativa alla violazione del principio di personalità delle pene, i giudici comunitari hanno rilevato come *“il fatto di prendere in considerazione il loro volume d'affari nella determinazione del detto massimo dell'ammenda non significa infatti assolutamente che sia stata loro inflitta un'ammenda e nemmeno, di per sé, che l'associazione di cui trattasi abbia l'obbligo di accollare ai suoi membri l'onere di quest'ultima. Anche ammettendo che un obbligo del genere derivi dalle regole interne dell'associazione di cui trattasi, tale circostanza è irrilevante rispetto alle norme del diritto comunitario della concorrenza”*⁶⁴³.

Da tale giurisprudenza emerge la legittimità della prassi delle istituzioni comunitarie di commisurazione dell'ammenda in base al volume d'affari delle imprese partecipanti all'associazione, senza che ciò appaia in aperto contrasto con il principio di colpevolezza e della personalità della pena. Detta possibilità pare però essere ancorata al fatto che non vi sia un “obbligo giuridico” per l'associazione di accollare l'ammenda pro quota alle imprese partecipanti. Nella vigenza del regolamento n. 17/62 non era prevista la responsabilità in solido degli associati per il pagamento della sanzione. Nel caso di incapacienza dell'associazione, dunque, le istituzioni comunitarie non avrebbero potuto riscuotere l'ammenda e le imprese coinvolte, seppur indirettamente, nelle infrazioni avrebbero potuto beneficiare di tale situazione e non subire alcuna conseguenza. Al fine di ovviare a detto problema, spesso si è cercato di chiamare a rispondere delle condotte dell'associazione⁶⁴⁴, anche

⁶⁴³ Sentenza *Groupment des Cartes Bancaires* cit., punto 139.

⁶⁴⁴ La possibilità di sanzionare l'associazione e le singole imprese è pacifica. Sul punto, *ex multis* cfr. decisione 91/480/CEE del 30 luglio 1991 della Commissione relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 CEE (IV/32659 – Programma IATA agenzie passeggeri), in *GUL* 258 del 16.9.1991, p. 18.

le imprese affiliate. In particolare, ciò è avvenuto quando gli atti delle imprese e quelli dell'associazione non erano chiaramente distinguibili, oppure quando l'associazione aveva svolto una funzione propulsiva rilevante. La soluzione tuttavia non sempre poteva dirsi soddisfacente, in quanto i margini per la sanzionabilità anche delle imprese sono risultati piuttosto ristretti.

Tale preoccupazione pare aver ricevuto un'espressa soluzione con il regolamento n. 1/2003. L'art. 23 par. 4 stabilisce che *“qualora sia irrogata un'ammenda ad un'associazione di imprese che tenga conto del fatturato dei suoi membri e l'associazione non sia solvibile, l'associazione è tenuta a richiedere ai propri membri contributi a concorrenza dell'importo dell'ammenda. Se tali contributi non sono stati versati all'associazione entro un termine stabilito dalla Commissione, quest'ultima può esigere il pagamento dell'ammenda direttamente da ciascuna delle imprese i cui rappresentanti erano membri degli organi decisionali interessati dall'associazione. Una volta richiesto il pagamento [...] se necessario per garantire il totale pagamento dell'ammenda, la Commissione può esigere il pagamento del saldo da parte di ciascuno dei membri dell'associazione presenti sul mercato nel quale si è verificata l'infrazione. Tuttavia la Commissione non esige il pagamento ai sensi del 2° e 3° comma dalle imprese che dimostrino che non hanno attuato la decisione dell'associazione che ha costituito l'infrazione o che non erano al corrente della sua esistenza, o si sono attivamente dissociate da essa anteriormente all'avvio delle indagini da parte della Commissione. La responsabilità finanziaria di ciascuna impresa per il pagamento dell'ammenda non deve superare il 10% del suo fatturato totale realizzato durante l'esercizio solare precedente”*.

11. Responsabilità solidale e teoria della dissociazione espressa

Nella sua applicazione pratica, la formulazione di tale norma può creare dubbi sulla sua conformità al principio di colpevolezza e risulta in parziale contrasto con la giurisprudenza sopra citata relativa alla legittimità della presa in considerazione del fatturato globale delle imprese affiliate, sulla base del presupposto che non vi sia un obbligo giuridico di solidarietà nel pagamento dell'infrazione. In presenza di tale obbligo, infatti, le sanzioni risultano in realtà inflitte alle singole imprese e non solo all'associazione. Ciò

comporterebbe una grave violazione dei diritti di difesa delle imprese coinvolte, nella misura in cui esse non prendano parte alla procedura amministrativa. Seppure astrattamente si può convenire sull'opportunità di stabilire una responsabilità solidale per le imprese che hanno attivamente partecipato ai processi decisionali dell'associazione, al fine di non svuotare di contenuto l'art. 81 CE e di evitare comportamenti elusivi e fraudolenti da parte delle imprese, altrettanto non può dirsi per quelle che tale ruolo non hanno avuto. Il nuovo par. 4 dell'art. 23 prevede talune ipotesi in cui le imprese affiliate all'associazione possono essere non chiamate a rispondere pro quota della sanzione. In particolare, ci si riferisce a tre ipotesi. La prima riguarda la possibilità per l'impresa di dimostrare che non ha dato attuazione all'accordo vietato. Tale prova, seppure difficoltosa, non risulta del tutto impossibile. L'impresa potrà fornire indicazioni della mancata attuazione dell'intesa evidenziando la propria autonomia nelle politiche commerciali, come ad esempio listini di prezzi non conformi alle deliberazioni adottate dall'associazione. La seconda riguarda la mancata conoscenza dell'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza e la terza di essersi attivamente dissociate da essa. Queste sono le ipotesi che sollevano dubbi sulla loro conformità con il principio di colpevolezza, soprattutto alle luce della giurisprudenza in materia che ha accolto la cd. teoria della dissociazione espressa. Infatti, l'onere della prova richiesto dalle istituzioni comunitarie al fine della dimostrazione della 'dissociazione attiva' risulta pressoché impossibile, tanto da far avvicinare tale tipologia di responsabilità ad una oggettiva. I giudici comunitari hanno sviluppato il principio della cd. dissociazione pubblica, ossia *“un principio giurisprudenziale secondo cui, allorché un'impresa ha partecipato a riunioni dal contenuto illecito, l'esonero dalla sua responsabilità può derivare solo dalla prova che essa si sia dissociata formalmente dal contenuto di tali riunioni (...) dissociazione che incombe all'impresa interessata suffragare con prove che la sua partecipazione alle riunioni era assolutamente priva di intenti anticoncorrenziali e che le sue concorrenti sapevano che essa partecipava a detto riunioni con uno spirito differente dal loro”*⁶⁴⁵. Un'impresa che si trovi a

⁶⁴⁵ Sentenza del Tribunale dell'11 dicembre 2003, *Adriatica Navigazione s.p.a. c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, p. II-5349, punto 135, confermata anche dinanzi alla Corte con ordinanza del 16 febbraio 2006, causa C-111/04P *Adriatica Navigazione s.p.a. c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*..

partecipare a riunioni in cui si discute di problematiche che investono l'intero settore di mercato in cui opera, oppure in riunioni di associazioni di imprese che formalmente perseguono l'interesse dell'intera categoria, nel caso in cui in dette riunioni si affrontino anche temi anticoncorrenziali, come la politica dei prezzi, si troverà ad essere ritenuta responsabile di un illecito antitrust, senza spesso averne una piena consapevolezza. La prova della dissociazione richiesta dalle istituzioni comunitarie risulta infatti essere estremamente rigorosa, quasi "diabolica", in quanto si esige che *"l'impresa che ha preso parte a riunioni dallo scopo anticoncorrenziale comunichi in modo sufficientemente chiaro alle altre compagnie rappresentate che, malgrado le apparenze, essa è in disaccordo con i comportamenti vietati da esse intraprese"*⁶⁴⁶. Nella pratica, risulta estremamente arduo per un'impresa fornire la prova della propria dissociazione, se non basandosi sulle indicazioni e dichiarazioni fornite dalle altre imprese coinvolte nell'illecito. Il fatto che durante le riunioni non vengano stilati verbali o note o che eventuali votazioni avvengano in maniera informale, per *consensus* o per alzata di mano, rende pressoché impossibile fornire la prova della propria dissociazione, anche se l'impresa non ha aderito a tale deliberazioni. E' stato infatti affermato che in ogni caso occorre *"una dissociazione palese per poter andare esenti da responsabilità. Al contrario, in un contesto siffatto, solo l'impresa che dimostri di aver manifestato in maniera ferma e chiara il proprio disaccordo è in grado di soddisfare il criterio della dissociazione pubblica quale postulato dalla giurisprudenza"*⁶⁴⁷. Nonostante le affermazioni contrarie dei giudici comunitari, in base alle quali non risulterebbe corrispondente al vero il fatto che la prova della dissociazione di un'impresa dipende dalle mere affermazioni delle sue concorrenti⁶⁴⁸, non è dato sapere con certezza quale mezzo adottato dall'impresa possa essere considerato idoneo a far conoscere il suo disaccordo alle altre imprese presenti alle riunioni.

Dette imprese potrebbero così vedersi sanzionate per condotte in realtà volute ed intraprese da altri ed anche se non hanno partecipato ad ogni singola riunione. Negli accordi cd. complessi⁶⁴⁹, composti da pratiche concordate ed intese, non viene nemmeno richiesta la partecipazione ad ogni singola riunione

⁶⁴⁶ Sentenza *Adriatica Navigazione cit.*, punto 137.

⁶⁴⁷ *Ibidem*.

⁶⁴⁸ *Ibidem*.

⁶⁴⁹ Vedi *infra* par. 13

avente oggetto anticoncorrenziale, essendo sufficiente la partecipazione all'accordo nel suo complesso⁶⁵⁰. Ciò rende tale prova ancora più ardua, in quanto è sufficiente la mera partecipazione ad una riunione avente, tra gli altri, un contenuto anticoncorrenziale, per dover rispondere di tutta l'infrazione.

L'accoglimento della teoria della dissociazione pubblica pare dunque porsi in contrasto con il principio della responsabilità personale, che come visto risulta vigente anche nell'ambito del diritto della concorrenza⁶⁵¹. Essa pare inoltre invertire l'onere della prova, in quanto spetterebbe alla Commissione⁶⁵² provare l'infrazione e non alle imprese di essersi formalmente dissociate da riunioni cui partecipano senza intenzioni anticoncorrenziali. L'adesione *sic et simpliciter* a questa teoria comporta per la Commissione di dover provare unicamente che vi sia stata una riunione dal contenuto anticoncorrenziale in senso lato, senza necessità di accertare il reale comportamento delle imprese coinvolte ed quindi, in ultima analisi, il grado di colpevolezza. Risulta infatti sufficiente che *“la Commissione dimostri che l'impresa interessata ha partecipato a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta, affinché sia sufficientemente provata la partecipazione di detta impresa all'intesa. Ove sia dimostrata la partecipazione a riunioni siffatte, spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale, dimostrando che essa aveva dichiarato alle sue concorrenti di partecipare alle riunioni in un'ottica diversa dalla loro”*⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Cfr. Sentenza del Tribunale del 20 aprile 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commissione*, cause T-305/94, in *Racc.*, 2000, p II-931.

⁶⁵¹ Sentenza della Corte dell'8 luglio 1999, causa C-49/92, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, in *Racc.*, 1999, p. I-4125, in cui al punto 78 si è stabilito che *“va riconosciuto, in primo luogo, che, con riguardo alla natura delle infrazioni di cui trattasi nonché alla natura e al grado di severità delle sanzioni conseguenti, la responsabilità per la commissione di tali infrazioni riveste carattere personale”*.

⁶⁵² Sentenza del Tribunale del 7 luglio 1994, causa T-43/92, *Dunlop c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, p. II-441.

⁶⁵³ Sentenza della Corte dell'8 luglio 1999, causa C-199/92P *Hüls c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, p. I-4125, punto 96; sentenza *Anic cit.*, punto 96; sentenza della Corte del 1° gennaio 2004, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, causa C-204/00 P, in *Racc.*, p. I-123; sentenza *Cimenteries cit.*, punto 1353 in cui espressamente si è affermato che *“dal momento che un'impresa o un'associazione di imprese ha partecipato, pur senza svolgere un ruolo attivo, ad una o più riunioni durante le quali è stato manifestato o ribadito un consenso generale sul principio di comportamenti anticoncorrenziali e che essa, con la sua presenza, ha aderito o quantomeno, ha fatto pensare agli altri partecipanti che aderiva al contenuto dell'accordo anticoncorrenziale prima concluso e poi confermato durante le dette riunioni, si deve*

La nuova formulazione del par. 4 dell'art. 23 rende tale questione ancora più evidente, poiché in caso di insolvenza dell'associazione coinvolta, saranno chiamate a rispondere tutte le imprese che hanno partecipato alle riunioni, salvo riescano a dimostrare la loro dissociazione pubblica. In passato, invece, le istituzioni comunitarie avrebbero dovuto fornire la prova dell'ascrivibilità della condotta illecita anche alle singole imprese coinvolte. Ciò comportava anche la partecipazione delle stesse a tutto il procedimento amministrativo e conseguentemente conferiva loro il diritto di potersi attivamente difendere dinanzi agli organi comunitari. Nonostante risulti condivisibile la *ratio* sottesa a tale nuova norma, che pare essere nel senso di rendere maggiormente efficaci le norme antitrust e di evitare comportamenti elusivi⁶⁵⁴, l'atteggiamento rigoroso delle istituzioni comunitarie dà adito a talune perplessità. Sulle imprese, infatti, grava il difficile onere di una prova negativa, di quanto non è stato positivamente accertato dalla Commissione, ossia la piena partecipazione all'intesa.

12. Elemento soggettivo e pratiche concordate

La nozione di pratica concordata comprende tutte quelle forme di intese in cui, pur mancando una vera e propria formalizzazione dell'accordo, sussiste una concertazione delle condotte di mercato tra le imprese⁶⁵⁵. Vengono definite pratiche concordate, tutte quelle forme di coordinamento che *“senza spingersi fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, costitui[scono] in pratica una consapevole collaborazione tra le imprese stesse a danno della concorrenza”*⁶⁵⁶. Secondo la celebre definizione fornita nella pronuncia *Suiker Unie*⁶⁵⁷ tale collaborazione deve portare a condizioni di

considerare che essa abbia partecipato a tale accordo, a meno che non provi di essersi apertamente dissociata dalla concertazione illecita o di aver informato gli altri partecipanti che avrebbe partecipato alla riunione con un modo di vedere diverso dal loro. In mancanza di prove di tale dissociazione, la circostanza che tale impresa o associazione di imprese non si adegui ai risultati delle dette riunioni non è atta a privare la medesima dalla sua piena responsabilità per la partecipazione all'intesa”.

⁶⁵⁴ Si è già detto che le associazioni possono essere utilizzate come scudo per andare esenti da responsabilità, soprattutto se risultano prive di risorse finanziarie per poter pagare la sanzione.

⁶⁵⁵ P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, op. cit., p. 56.

⁶⁵⁶ Sentenza della Corte del 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries*, causa C-48/69, in *Racc.*, 1972, p. 619, punto 64.

⁶⁵⁷ Sentenza della Corte del 16 dicembre 1975, *Suiker Unie U.A.* e a. c. Commissione, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, in *Racc.*, 1975, p. 1663.

concorrenza non corrispondenti a quelle normali del mercato, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese, nonché del volume e delle caratteristiche del mercato stesso. Nel caso citato, si era cercato di far valere l'argomento in base al quale la nozione di pratica concordata dovrebbe necessariamente presupporre l'esistenza di un piano e di uno scopo volto all'eliminazione in anticipo ogni incertezza relativa al comportamento futuro dei concorrenti. In mancanza di tale prova, si condannerebbe qualsiasi tentativo di un'impresa di reagire in modo intelligente ad azioni da parte dei concorrenti. I giudici comunitari hanno invece posto in luce come non occorra l'elaborazione di un vero e proprio piano: la *ratio* sottesa alle norme del trattato relative alla tutela della concorrenza consiste nel tutelare l'autonomia decisionale di ogni operatore, con riferimento alle condotte che intende intraprendere nel mercato comune. Detta esigenza di autonomia non esclude il diritto di reagire intelligentemente al comportamento dei concorrenti, ma *“vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti e indiretti aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rilevare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato”*⁶⁵⁸.

La latitudine di tale definizione comporta il rischio di una sua applicazione eccessiva. Seppure le imprese coinvolte in illeciti antitrust hanno tutto l'interesse ad occultare le prove di partecipazione ad eventuali accordi, un'interpretazione troppo ampia del concetto di pratica concordata potrebbe condurre a sanzionare anche comportamenti del tutto legittimi, dipendenti unicamente dalla struttura del mercato interessato. Ai fini che qui rilevano in materia di colpevolezza, deve osservarsi che talune “collusioni tacite” non rivestono il carattere di illeciti anticoncorrenziali, ma sono comportamenti del tutto legittimi delle imprese, proprie dei mercati oligopolistici⁶⁵⁹, suscettibili di

⁶⁵⁸ Sentenza *Suiker Unie* cit., punto 174.

⁶⁵⁹ Come è stato sottolineato (R. WISH, *op. cit.*, p. 507) il problema insito negli oligopoli, non consiste tanto nel numero limitato di imprese in dato mercato (che in ipotesi potrebbe essere altamente concorrenziali), quanto nel concetto di potere di mercato, sia individuale che collettivo, che conferisce il potere di diminuire la produzione ed innalzare i prezzi, a detrimento dei consumatori. Taluni mercati oligopolistici sono altamente competitivi, mentre altri no. Ciò che rileva è dunque il concetto di potere di mercato, sia esso individuale che collettivo che conferisce la facoltà di diminuire la quantità di beni ed aumentare i prezzi a detrimento dei consumatori. Per ulteriori riferimenti cfr. M. MOTTA, *Competition Policy*, *op. cit.*, p. 220.

creare distorsioni della concorrenza, ma non censurabili da un punto di vista antitrust. In un'ottica economica, infatti, "collusione" è semplicemente un risultato del mercato, mentre le autorità preposte alla tutela della concorrenza dovrebbero considerare illegali solamente quelle pratiche in cui le imprese "esplicitamente" coordinano le loro condotte al fine di raggiungere un risultato collusivo⁶⁶⁰.

In base alle teorie classiche sull'oligopolio⁶⁶¹, le imprese non possono esimersi dal essere interdipendenti⁶⁶²: un'impresa non sarà indotta ad alzare i

⁶⁶⁰ M. MOTTA, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁶¹ I modelli classici di riferimento sono le teorie di *Cournot* e quella di *Bertrand*. Il modello di *Cournot* assume come variabile comportamentale la quantità prodotta: le imprese massimizzano il profitto cercando di vendere la quantità ottimale di un dato bene omogeneo. Supponendo di avere un duopolio, l'impresa 1 deve decidere qual è la quantità da produrre per ottenere il massimo profitto in funzione della quantità prodotta dall'impresa 2. Il modello presuppone che ciascuna delle due imprese assuma che l'altra mantenga costante il suo *output* al livello attualmente prescelto, per analizzare come ciascuna impresa reagisce in termini di quantità prodotta alle azioni intraprese dal suo rivale (curve di reazione). Essendo solo due le imprese su di un dato mercato, ciascuna impresa suppone che le sia possibile offrire una quantità di prodotti uguale a quella che residua dalla domanda aggregata di settore, dopo che questa ha assorbito la produzione dell'altra parte. Ogni impresa reagirà all'aumentare o al diminuire della quantità prodotta dall'altra sino ad arrivare ad un punto di equilibrio, in cui il prezzo sarà inferiore a quello che si avrebbe in caso di monopolio, ma superiore a quello che si avrebbe in ipotesi di concorrenza perfetta. Detto equilibrio (equilibrio *Cournot-Nash*) è dato da una quantità di prodotti per cui ogni impresa si accontenta della propria quantità, data la quantità del concorrente.

Nel modello di duopolio di *Bertrand*, invece, la massimizzazione del profitto avviene tramite la fissazione del prezzo. In questo caso, il prezzo di equilibrio uguaglia il costo marginale e l'extra-profitto tende ad annullarsi. Ciò avviene in quanto l'impresa che pratica il prezzo più basso riuscirà ad accaparrarsi il maggior numero di clienti. Ogni produttore sarà incentivato ad abbassare il prezzo al fine di aumentare la propria quota di mercato. Anche l'altro produttore avrà interesse a comportarsi analogamente e ciò condurrà ad una guerra di prezzi, finché questi non eguaglieranno i costi marginali, al di sotto dei quali non si potrà scendere, pena vendite in perdita. Per ampi riferimenti cfr. G. ANTONELLI, G. CAINELLI, N. DE LISO, R. LEONCINI, S. MONTRESOR, *Economia*, Torino, 2003, p. 327.

⁶⁶² L'interdipendenza nei mercati oligopolistici viene spiegata tramite la teoria dei giochi, elaborata dal matematico Nash. L'assunto di base è che due imprese in concorrenza tra loro si comportano in maniera razionale, cercando di massimizzare i profitti. Tali imprese possono essere assimilate a due giocatori i cui risultati economici costituiscono dei pagamenti (*pay-off*) delle loro coppie di strategie. Giocatori, strategie e pagamenti sono gli elementi costitutivi di un gioco, che può essere rappresentato dalla "matrice dei pagamenti", detta anche gioco in forma normale (cfr. G. ANTONELLI, G. CAINELLI, N. DE LISO, R. LEONCINI, S. MONTRESOR, *op. cit.*, p. 331):

B		
	1	2
1	15, 14	20, 10
2	12, 12	10, 11

A

In tale matrice sono riportate le combinazioni delle strategie dei giocatori e le relative coppie di compensi. Le righe equivalgono alle strategie del giocatore A mentre le colonne a quelle del giocatore B. Il primo numero è il guadagno del giocatore A, mentre il secondo è quello del

prezzi, in quanto tale aumento comporterebbe immediatamente una riduzione delle vendite. I consumatori, non esisterebbero a rivolgersi all'altra impresa presente sul mercato che non ha aumentato i prezzi. Dette imprese, pertanto, prima di intraprendere determinate condotte, prenderanno in debita considerazione le azioni e reazioni degli altri contraenti. Ciò provoca una sorta di stallo nelle dinamiche concorrenziali definito dagli economisti come teoria dei giochi, in particolare "dilemma del prigioniero"⁶⁶³. In ogni gioco, un set di strategie può rappresentare un equilibrio solo se, date le strategie dei propri

giocatore B. Le possibili combinazioni sono 4: 1,1; 1,2, 2,1; 2,2. Esistono due strategie principali di giochi: quelle cooperative e quelle non cooperative. Nel primo caso, i giocatori stabiliscono impegni reciproci, nel secondo no. Con riferimento ai giochi non cooperativi, il problema che si pone consiste nell'individuare la strategia migliore, ossia trovare la soluzione che consenta a ciascun agente di massimizzare il proprio *pay-off*. In base alla matrice di cui sopra, è possibile notare che le strategie migliori sono data dalle combinazione 1,1, con *pay-off* di 15 per il giocatore A e di 14 per giocatore B. Le altre combinazioni, seppure più convenienti per uno dei due giocatori, non consentono un equilibrio. Il principio che ispira la ricerca di un simile equilibrio è dato dalla strategia dominante, ossia una strategia che consenta a ciascun giocatore di massimizzare il profitto qualunque sia il comportamento del rivale. Nel caso in cui la scelta di A è ottima data la scelta di B e quella di B è ottima data la scelta di A, si avrà l'equilibrio di Nash. Tale equilibrio, se calcolato rispetto al gioco del dilemma del prigioniero, identifica una situazione Pareto inefficiente, che spesso si verifica nel duopolio collusivo. Il dilemma del prigioniero consiste nell'analizzare la situazione in cui due prigionieri sono interrogati per un delitto in cui si sospetta che essi siano complici. I due non hanno la possibilità di comunicare e pertanto il loro gioco è non cooperativo. Ciascuno dei due prigionieri ha due strategie: confessare o non confessare e i *pay-off* rappresentano gli anni di carcere che dovranno scontare. Un esempio potrebbe essere il seguente (G. ANTONELLI, G. CAINELLI, N. DE LISO, R. LEONCINI, S. MONTRESOR, op. cit., p. 335): se entrambi confessano saranno condannati a 5 anni; se entrambi non confessano saranno condannati a un anno; se uno dei due confessa e l'altro no, il primo viene liberato e l'altro condannato a 10 anni.

B

	Confessa	Non confessa
Confessa	-5, -5	0, 10
Non confessa	-10, 0	-1, -1

A

Analizzando le possibili strategie a disposizione del giocatore A emerge che se B confessa ad A converrà confessare, altrimenti sarà condannato a 10 anni. Se B non confessa ad A converrà confessare e così sarà liberato. Qualunque cosa decida di fare B ad A conviene comunque confessare. Tale risultato implica che la strategia più razionale consisterà nella confessione da parte di entrambi, anche se porterà ad un equilibrio Pareto inefficiente. La soluzione Pareto efficiente consisterebbe in un accordo tra i due al fine di non confessare. Tuttavia, tale accordo non sarebbe sostenibile, in quanto i due giocatori avrebbero sempre timore che l'altro possa deviare dall'accordo e confessare. Inoltre, uno dei due giocatori avrebbe sempre interesse a confessare in quanto in questo modo egli sarebbe liberato.

La soluzione di inefficienza, cambia a seconda che i giocatori possano ripetere la propria strategia numerose volte oppure una volta sola (*one-shot*). In quest'ultimo caso, l'incentivo alla deviazione sarà forte, in quanto il giocatore non dovrà più avere nulla a che fare con l'altro. Nel caso in cui, invece, il gioco venga ripetuto, il giocatore deviante potrà subire delle ritorsioni e quindi avrà maggiore interesse a seguire l'accordo.

⁶⁶³ Cfr. nota precedente.

rivali, nessuna impresa può ottenere un profitto più elevato scegliendo una strategia diversa⁶⁶⁴. Gli oligopolistici riconoscono la propria interdipendenza e adeguando le proprie condotte riescono a praticare prezzi che massimizzano il loro profitto ed a collocarsi ad un livello sopra-competitivo, senza necessità di scambiarsi informazioni. Esistono dunque mercati in cui gli operatori economici tendono a coordinare le proprie condotte, senza dare luogo ad intese proibite ai sensi dell'art. 81 CE⁶⁶⁵.

Al fine di ottenere una tacita collusione e quindi un parallelismo di comportamenti, occorre che la struttura del mercato abbia determinati requisiti⁶⁶⁶. In primo luogo, è necessario che nessuna delle imprese possa deviare dal comportamento comune. In secondo luogo, il mercato deve essere caratterizzato da una certa trasparenza, al fine di permettere agli operatori di conoscere il comportamento degli altri in termini di quantità e prezzi. Infine, è necessario che gli operatori siano in grado di mantenere una certa disciplina tra di loro, ossia che vengano previsti meccanismi di ritorsione per i comportamenti devianti⁶⁶⁷ e che esistano barriere all'entrata o all'uscita.

Varie obiezioni sono state mosse alla teoria dell'interdipendenza⁶⁶⁸. Quella che suscita maggiore interesse, ai fini che qui rilevano, attiene al fatto che possono darsi casi in cui i prezzi aumentino senza che si abbia un accordo. La teoria più accreditata consiste nel ritenere che esista un *price leader*⁶⁶⁹, ossia un'impresa che periodicamente aumenta i prezzi e che le altre imprese la seguano, senza necessità di porre in essere un accordo. Detta *price*

⁶⁶⁴ G. COLANGELO, *La posizione dominante collettiva*, in *Il dir. ind.*, 2003, p. 268: la teoria dei giochi consente di comprendere come il coordinamento delle condotte possa rappresentare un equilibrio di Nash solo in giochi multiperiodo, in quanto l'interazione consente alle imprese di esercitare una minaccia credibile di punizione nei confronti del soggetto che devia nel periodo precedente.

⁶⁶⁵ In questi caso, è stato osservato come (R. WISH, *op. cit.*, p. 508) risulterebbero più indicate misure strutturali al fine di attuare una deconcentrazione del mercato.

⁶⁶⁶ *Ibidem*. G. STIGLER, *A theory of Oligopoly*, 44 *Journal of Political Economy*, 72 (1964). E' stato osservato (R. CRISCUOLI, *Pratiche concordate e mercato oligopolistico: il problema della prov.*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2, 0498B) che nel mercato oligopolistico, l'allineamento delle condizioni commerciali è conseguenza dei normali meccanismi competitivi, che tendono ad un allineamento delle condizioni di offerta, specie laddove sia limitato il rischio di ingresso di nuovi competitori ed i consumi non siano, in termini assoluti, variabile dipendente in maniera significativa dalle condizioni di offerta, onde l'omogeneità appare un fatto fisiologico che non presuppone necessariamente intese anticoncorrenziali.

⁶⁶⁷ Tale elemento viene definito di fondamentale importanza al fine di ottenere una collusione: M. MOTTA, *op. cit.*, p. 150.

⁶⁶⁸ R. WISH, *op. cit.*, p. 510.

⁶⁶⁹ *Ibidem*.

leadership può assumere tre forme. Nella prima, un'impresa è in posizione dominante rispetto alle altre e dunque ha il potere di mercato per comportarsi autonomamente e le altre imprese la seguiranno. La seconda è detta "*barometric price leadership*", in cui un'impresa dà indicazioni relative all'aumento dei prezzi in conseguenza di un aumento dei costi di produzione. Tale forma di "collusione" non può essere ritenuta illecita in quanto l'aumento dei prezzi, altro non è che una reazione intelligente alle forze di mercato. La terza consiste in un accordo, in base al quale le imprese seguiranno le indicazioni di volta in volta fornite dal *price leader*. In questo ultimo caso la collusione rientra nel divieto di cui all'art. 81 CE.

Dalle brevi considerazioni sopra svolte, appare evidente come il confine tra ciò che è lecito e ciò che invece configura una pratica anticoncorrenziale è estremamente labile. Essendo la pratica concordata, per definizione, qualcosa "di meno" di un accordo e spesso collocandosi in contesti di mercato in cui la concorrenza risulta già compromessa, il compito delle autorità antitrust è particolarmente delicato. Si è visto, infatti, che il mero parallelismo di comportamenti sul mercato, se pur possa costituire un indizio di una concertazione, di per sé non risulta una prova sufficiente.

Ci si è pertanto domandati quali possano essere gli indicatori di un comportamento collusivo⁶⁷⁰. In materia si è avuta un'evoluzione

⁶⁷⁰ Un ruolo importante in tale settore è stato svolto da *Edward Chamberlin* (G. J. WERDEN, *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, in *Antitrust Law Journal*, 2004, p. 720 e ss) che ha introdotto il concetto di razionalità nei modelli economici precedenti. L'economista si è basato sulla considerazione che la massimizzazione dei profitti implica un prezzo monopolistico per un numero esiguo di produttori, in quanto nessun concorrente avrà interesse ad abbassare il prezzo al di sotto del livello monopolistico, realizzando che la propria strategia avrà delle ripercussioni considerevoli sui concorrenti che non accetteranno senza ritorsioni tale strategia, ossia anch'essi abbasseranno i prezzi. Il pregio della teoria di *Chamberlin* consiste nell'evidenziare come tale forma di interdipendenza non debba necessariamente essere vista come il risultato di un accordo in quanto "*when there are only two or few seller, their fortunes are not independent.. each is forced by the situation itself to take into account the policy of his rival in determining his own, and this cannot be construed as a 'tacit agreement' between the two*" (G. J. WERDEN, *op.cit.*, p. 725). Tale teoria ha avuto un notevole impatto sull'applicazione del diritto antitrust americano e conseguentemente su quello europeo. Nel caso *International Harvester (United States v. Int'l Harvester Co., 274, U.S. 693, 708-09 (1927))* si è statuito che il mero parallelismo di prezzi, senza altri elementi, non poteva essere visto come un'infrazione dello *Sherman Act*. Tale impostazione pare però non essere sempre stata seguita dalle Corti americane, in quanto nel noto caso *American Tobacco (Am. Tabacco Co. v. United States, 328, U.S. 781 800-08 (1946))*, la Suprema Corte ha condannato i tre principali produttori di sigarette sulla base del rilievo che si erano verificati aumenti di prezzo simultanei che non avrebbero trovata altra giustificazione economica se non un accordo tra gli stessi.

giurisprudenziale e si è cominciato a parlare di “*plus factors*”⁶⁷¹ che dovevano essere presenti unitamente ad un parallelismo di comportamenti sul mercato al fine di integrare un illecito anticoncorrenziale, come lo scambio di informazioni sui prezzi⁶⁷² o come azioni contrarie al proprio interesse.

L'elemento cruciale per poter configurare una pratica concordata consiste, dunque, nell'esistenza di una qualche forma di contatto tra le imprese, che consenta loro di conoscere le proprie strategie commerciali. La concertazione, poi, deve avere una ricaduta concreta sulle imprese coinvolte, nel senso che esse nel decidere le proprie strategie commerciali terranno conto delle informazioni ricevute: in pratica, è necessario che la concertazione trovi una qualche forma di attuazione nella condotta sul mercato. L'identificazione di tali elementi risulta alquanto difficoltosa. Come sopra segnalato, possono verificarsi casi in cui un allineamento di condotte sul mercato non è dovuto ad una pregressa concertazione tra le imprese, ma unicamente dalla struttura oligopolistica dello stesso. Pertanto, particolare cautela viene richiesta nell'accertamento degli indizi volti ad identificare una concertazione⁶⁷³

In epoca risalente, le istituzioni comunitarie ritenevano sufficiente, al fine della prova della pratica concordata, anche il mero parallelismo di comportamenti sul mercato⁶⁷⁴ o comunque esso veniva valutato come un serio indizio, nella misura in cui potesse portare “*a condizioni di concorrenza che non corrispondono a quelle normali del mercato*”⁶⁷⁵. In sostanza, dalla giurisprudenza comunitaria emergeva come nel caso in cui il parallelismo di comportamenti sul mercato non fosse spiegabile se non con una previa concertazione, incombeva alle imprese interessate l'onere di provare che in realtà le loro condotte erano frutto di scelte autonome⁶⁷⁶. Ciò non avviene

⁶⁷¹ G. J. WERDEN, *op. cit.*, p. 745.

⁶⁷² Con precipuo riferimento allo scambio di informazioni, merita osservarsi che la dottrina (J. KATTAN, *Beyond Facilitating Practices: Price Signalling and Price Protection Clauses in the New Antitrust Environment*, in 63 *Antitrust Law Journal*, 1994, p. 133) qualifica ditto comportamento posto in essere in mercati oligopolistici come una pratica facilitante, ossia una pratica che, pur non avendo come effetto immediate e diretto il coordinamento dei comportamenti anticoncorrenziali, ne agevola la realizzazione. In talune circostanze, poi, il mero scambio di informazioni ha costituito di per sé un illecito.

⁶⁷³ R. CRISCUOLI, *Pratiche concordate e mercato oligopolistico: il problema della prov.*, *op. cit.*, p. 452.

⁶⁷⁴ Sentenza della Corte del 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Commissione (Materie Coloranti)*, cause riunite da 48/69 a 57/49, in *Racc.*, 1972, p. 619.

⁶⁷⁵ Sentenza *Materie coloranti cit.*, punto 66.

⁶⁷⁶ Sentenza della Corte del 28 marzo 1984, *Compagnie Royal Asturienne des Mines SA e a. c. Commissione*, cause riunite 29/83 e 30/83, in *Racc.*, 1984, p. 1679, punti 14-16.

quando il comportamento parallelo consente alle imprese coinvolte di mantenere prezzi “*ad un livello diverso da quello che si sarebbe determinato in un regime di concorrenza, nonché di cristallizzare le posizioni acquisite a detrimento dell’effettiva libertà di circolazione delle merci nel mercato comune e della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori*”⁶⁷⁷. Nel caso citato *Materie Coloranti*, le istituzioni comunitarie hanno accertato che gli annunci di prezzi avevano l’effetto di eliminare la reciproca incertezza delle imprese circa il loro comportamento futuro. Inoltre, non si era in presenza di un oligopolio in senso stretto e, pertanto, le imprese potevano conservare ampi margini di manovra per agire autonomamente e cercare di guadagnare maggiori quote di mercato. Nel caso *Zinc Producer Group*⁶⁷⁸, invece, è stata la stessa Commissione a riconoscere la struttura oligopolistica del mercato e la presenza di una *barometric price leadership*, fattori che hanno condotto ad escludere la concertazione.

In un altro caso, si è affermato⁶⁷⁹ che nell’ipotesi in cui la Commissione non disponga di prove dirette relative alla concertazione, risulta necessario stabilire se gli eventuali altri elementi, quali annunci di aumenti di prezzo, simultaneità tra detti annunci e aumento dei prezzi, costituiscano un complesso di indizi seri, precisi e concordanti. Tali indizi, unitamente all’impossibilità di spiegare la condotta parallela come il frutto di autonome scelte imprenditoriali e di taluni elementi di riscontro, come contatti, scambi di informazioni vengono considerati come indicatori attendibili di una concertazione⁶⁸⁰. Secondo parte della dottrina⁶⁸¹, tale approccio dovrebbe essere particolarmente rigoroso, in quanto spesso le indagini econometriche dei mercati di riferimento possono risultare non del tutto affidabili: le autorità antitrust dovrebbero sempre cercare di ottenere prove tangibili della concertazioni, avvalendosi dei loro poteri ispettivi.

La fallacità di alcuni ragionamenti economici della Commissione è

⁶⁷⁷ Sentenza *Materie coloranti cit.*, punto 66.

⁶⁷⁸ Decisione della Commissione 84/405/CEE del 6 agosto 1984 relativa ad un procedura ai sensi dell’art. 85 del trattato (IV/30.350 *Zinc Producer Group*), in *GU L* 220 del 17 agosto 1984, p. 27.

⁶⁷⁹ Sentenza della Corte del 31 marzo 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö e a. c. Commissione (Pasta di legno)*, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, in *Racc.*, 1993, p. I-1307, punto 70.

⁶⁸⁰ R. CRISCUOLI, op. cit., p. 0550B.

⁶⁸¹ M. MOTTA, op. cit., p. 189.

emersa con tutta evidenza nel caso *Pasta di Legno*⁶⁸² appena citato, in cui la Corte ha parzialmente annullato la decisione della Commissione trovando una spiegazione razionale dietro taluni parallelismi comportamentali diversa dalla concertazione. Nel caso di specie, si trattava di accertare la legittimità o meno di annunci trimestrali di prezzi e conseguente adeguamento e parallelismo di condotte sul mercato. La Corte ha, preliminarmente, affermato che gli annunci di prezzi di per sé non possono essere considerati come infrazioni dell'art. 81 CE, in quanto al momento degli annunci le imprese ancora non sono nella condizione di sapere quale sarà il comportamento dei concorrenti. Possono nondimeno essere considerati indizi di una concertazione, ma con la precisazione che *“nel determinare quale sia il valore probante di questi elementi, si deve ricordare che il parallelismo di comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile. E' infatti importante tenere presente che l'art. 85 del trattato, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti”*⁶⁸³. Con precipuo riferimento allo scambio di informazioni, i giudici comunitari hanno sottolineato la particolare gravità della diffusione e scambio di informazioni di carattere commerciale⁶⁸⁴. Esso può venire considerato come una delle manifestazioni più significative dell'esistenza di una pratica concordata, anche in mancanza della prova di una sottostante volontà collusiva⁶⁸⁵. Nei mercati oligopolistici, in cui la concorrenza già risulta attenuata, lo scambio di informazioni, agevolato dall'esiguo numero di imprese, può avere l'effetto di compromettere in modo irreversibile il mercato stesso. Anche nei mercati fortemente concentrati, infatti, la trasparenza non

⁶⁸² Sentenza della Corte del 31 marzo 1993, A. *Ahlström Osakeyhtiö* e a, cit.,

⁶⁸³ Sentenza A. *Ahlström Osakeyhtiö* cit., punto 71. Al proposito è stato rilevato che (R. CRISCUOLI, op. cit., p. 0552B) *“l'identità di condizioni economiche non è di per sé illecita, ma normalmente si esclude che l'uniformità di comportamento sia dovuta ad un intelligente adattamento degli operatori a quello dei concorrenti quando manchi il presupposto dell'autonomia del comportamento in ordine ai prezzi, si colga l'irrazionalità economica della condotta tenuta (nel senso del carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale assumerebbe se non fosse il frutto di una condotta anticoncorrenziale), e si riscontri il contrasto tra l'omogeneità dei prezzi praticati e la diversità della struttura presentata dai concorrenti e dei relativi fattori di costo sostenuti”*.

⁶⁸⁴ Sentenza A. *Ahlström Osakeyhtiö* cit., punto 64.

⁶⁸⁵ V. FALCE, *Lo scambio di informazioni nell'esperienza comunitaria e nazionale*, in *Giur. Comm.*, 1999, p. 238 e ss..

risulta mai completa⁶⁸⁶ e pertanto un'impresa potrebbe sempre decidere di adottare politiche commerciali autonome: la divulgazione di informazioni fa venire meno anche quell'esiguo spazio di manovra per gli oligopolisti⁶⁸⁷.

In mancanza di documenti che provino direttamente la concertazione fra i produttori interessati, è necessario accertare se i comportamenti costituiscano un complesso d'indizi seri, precisi e concordanti di una previa concertazione, tesa a eliminare in anticipo ogni incertezza relativa al futuro comportamento dei concorrenti al fine di instaurare un'interessata collaborazione. Tramite l'ausilio di consulenze tecnico-economiche del mercato interessato, la Corte è giunta alla conclusione che la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non era l'unica plausibile. Ciò in quanto la situazione di mercato in cui le imprese produttrici di pasta di legno si trovavano ad operare era costituita da un oligopolio e da un oligopsonio, caratterizzato da una forte trasparenza e da rapporti a lungo termine. Conseguentemente anche l'annuncio dei prezzi non è stato considerato come un indizio relativo alla concertazione, proprio in virtù della particolare struttura del mercato e della particolare trasparenza che lo caratterizzava.

La giurisprudenza ha tentato di ovviare alle problematiche sottese all'ampia interpretazione del concetto di pratica concordata ed alle differenti teorie economiche che possono essere prese a riferimento. La Corte di Giustizia, nella nota pronuncia *Anic partecipazioni*⁶⁸⁸ ha chiarito come il concetto di pratica concordata implichi, oltre alla concertazione tra le imprese, anche un successivo comportamento dell'impresa sul mercato, ed un nesso causale tra i due elementi. I giudici comunitari hanno elaborato una sorta di presunzione, la cui prova contraria risulta particolarmente difficile: le imprese partecipanti alla concertazione e che rimangono presenti sul mercato, necessariamente tengono conto degli scambi di informazioni con i loro concorrenti per decidere il proprio comportamento sul mercato⁶⁸⁹. La pronuncia in esame è andata oltre e si è stabilito che nel caso in cui la pratica concordata abbia un oggetto vietato, risulta irrilevante accertarne gli eventuali

⁶⁸⁶ V. FALCE, *op. cit.*, 241.

⁶⁸⁷ Cfr. Sul punto sentenza della Corte del 28 maggio 1998, *John Deere Ltd. c. Commissione*, causa C-7/95P, in *Racc.*, 1998, p. I-3111, punto 88.

⁶⁸⁸ Sentenza della Corte dell'8 luglio 1999, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, causa C-42/92P, in *Racc.*, 1999, p. I-4125, punto 118.

⁶⁸⁹ Sentenza *Anic Partecipazioni cit.*, punto 121.

effetti anticoncorrenziali.

La presunzione stabilita dai giudici comunitari pone delicati problemi relativi al rispetto del principio di colpevolezza, in quanto per le imprese risulta pressoché impossibile dimostrare il contrario. Alla luce di quanto evidenziato nei precedenti paragrafi e relativo alla circostanza che l'elemento psicologico non risulta essere un elemento costitutivo dell'illecito, ma solamente un requisito per poter comminare la sanzione, la situazione appare ancora più grave. Nell'ambito delle pratiche concordate, infatti, in cui dominano le teorie economiche, ci sembra che maggiore attenzione andrebbe posta sulla sussistenza di un volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, proprio al fine di non trasformare tali condotte in illeciti oggettivi.

Come già segnalato nel paragrafo precedente, poi, per un'impresa che abbia partecipato a riunione aventi oggetto anticoncorrenziale, risulta pressoché impossibile dimostrare la propria "estraneità" all'illecito antitrust. La mera partecipazione a riunioni in cui si discute di prezzi e volumi di vendita viene considerata come prova schiacciante della partecipazione alla concertazione, in quanto attraverso dette riunioni, si elimina l'incertezza relativa al futuro comportamento dei concorrenti e l'impresa coinvolta deve *"necessariamente tenere conto, direttamente o indirettamente, delle informazioni ottenute durante dette riunioni"*⁶⁹⁰ per definire la propria politica sul mercato. Nemmeno l'obbligo di partecipazione a dette riunioni può assumere rilevanza esimente ai fini della configurabilità dell'illecito antitrust. I giudici comunitari hanno infatti affermato che il fatto di essere costretti a partecipare a talune riunioni non può essere fatto valere a proprio vantaggio, in quanto un'impresa potrebbe sempre denunciare alle autorità competenti le pressioni cui viene sottoposta⁶⁹¹. Come per le associazioni di imprese, anche in questo caso le entità coinvolte, al fine di andare esenti da responsabilità, devono dare la difficile dimostrazione di essersi dissociate dal contenuto delle riunioni anticoncorrenziali. Nel caso *Solvay*⁶⁹² l'impresa aveva cercato di dimostrare che la propria partecipazione alle riunioni era priva di intenti anticoncorrenziali, in quanto essendo l'ultima ad essere entrata sul mercato

⁶⁹⁰ Sentenza del Tribunale del 24 ottobre 1991, *Rhône-Poulenc Sa. c. Commissione*, causa T-1/89, in *Racc.*, 1991, p. II-867, punto 123.

⁶⁹¹ Sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995, *Trefileurope Sales Sarl c. Commissione*, causa T-141/89, in *Racc.*, 1995, p. II-791, punto 58.

⁶⁹² Sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992, *Solvay & Cie Sa c. Commissione*, causa T-12/89, in *Racc.*, 1992, p. II-907, punti 98 e ss..

aveva necessità di raccogliere informazioni per occupare una quota di mercato. Ad avviso dei giudici comunitari, invece, la partecipazione a riunioni aventi come scopo la fissazione di obiettivi in maniera di prezzi e di quantitativi di vendita ha dato ai concorrenti “*l'impressione di partecipare alla riunioni con lo stesso spirito degli altri*”. Come già esposto nel paragrafo precedente, spetta all'impresa l'onere di addurre indizi atti a dimostrare che la propria partecipazioni alle riunioni era priva di spirito anticoncorrenziale, fornendo la prova di avere fatto presente ai concorrenti di partecipare alle riunioni con una prospettiva diversa. Nemmeno il successivo (difforme) comportamento sul mercato ed il fatto che lo scopo della partecipazione alle riunioni fosse unicamente quello di raccogliere informazioni relative allo sviluppo del mercato, sono stati considerati quali elementi idonei a provare la mancanza di spirito anticoncorrenziale, poiché i concorrenti non potevano sapere che il successivo comportamento sul mercato non era una conseguenza del contenuto delle riunioni. Ancora con riferimento al caso *Solvay*, i giudici hanno statuito che anche se i concorrenti avessero saputo di tale diverso “spirito”, “*il mero fatto di cercare di ottenere informazioni che un operatore tutela rigorosamente come segreti d'ufficio basta a rendere manifesta l'esistenza in capo ad essa di uno spirito anticoncorrenziale*”⁶⁹³.

Tale argomento è stato affrontato in un'ottica ancora diversa nel caso *Dansk Rørindustri*⁶⁹⁴. Le imprese coinvolte in un'infrazione complessa dell'art. 81 CE hanno cercato di far valere che, il minor peso economico detenuto da talune imprese partecipanti a talune riunioni aventi oggetto anticoncorrenziale, avrebbe dovuto essere preso in considerazione al fine di una corretta interpretazione ed applicazione della teoria della dissociazione espressa. Secondo tale impostazione, nel caso di imprese di dimensioni modeste, sarebbe difficile prendere pubblicamente le distanze dalle decisioni di riunioni in cui partecipano anche imprese aventi un potere economico superiore e che possono esercitare forti pressioni sui loro concorrenti. In tali circostanze, le imprese economicamente più deboli non dovrebbero essere ritenute

⁶⁹³ Sentenza *Solvay cit.*, punto 100. Anche la mancata attuazione degli accordi, dimostrata dalle divergenze dei prezzi, non è stata reputata quale elemento sufficiente a dimostrare l'innocenza di *Solvay*, poiché essa comunque aveva partecipato a riunioni aventi oggetto anticoncorrenziale.

⁶⁹⁴ Sentenza della Corte del 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S e a. c. Commissione*, cause C-189/02P, C-202/02P, da C-205/02P a C-208/02P e C-213/02P, in *Racc.*, 2005, p. I-5425; conclusioni Avvocato Generale Tizzano rese l'8 luglio 2004.

responsabili delle violazioni dell'art. 81 CE qualora, pur senza denunciarle pubblicamente, si siano astenute dall'agire conformemente a dette decisioni. Secondo l'Avvocato generale questa interpretazione condurrebbe ad un'inaccettabile applicazione del diritto della concorrenza a "*geometria variabile*"⁶⁹⁵ in funzione delle dimensioni o posizione economica delle imprese. Ciò in quanto ai fini dell'applicazione dell'art. 81 CE è indifferente che le imprese si trovino su di un piano di parità economica o meno. Tali elementi, dunque, non assumono rilevanza ai fini dell'accertamento della responsabilità, ma possono essere eventuali presi in considerazioni ai fini di determinazione della sanzione. La Corte ha corroborato l'interpretazione fornita dall'Avvocato Generale, in quanto la tacita approvazione di un'iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi ha l'effetto di incoraggiare la continuazione dell'infrazione e pregiudica la sua scoperta; tale complicità rappresenta, dunque, una modalità passiva di partecipazione all'infrazione idonea a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un unico accordo anticoncorrenziale⁶⁹⁶.

Anche in questi occorre, dunque, fornire la prova della dissociazione espressa, delle cui perplessità si è già detto *supra* par. 11. I giudici, infatti, richiedendo la dimostrazione che il mezzo scelto dall'impresa per prendere le distanze pubblicamente abbia consentito di far conoscere alle altre imprese il disaccordo al contenuto della riunione, fanno sì che detti illeciti possano qualificarsi quasi come oggettivi.

13. Elemento soggettivo ed infrazione complessa

A livello giurisprudenziale è stata individuata una figura peculiare di illecito antitrust, la cd. infrazione complessa, formata da accordi e pratiche concordate. Con tale locuzione si intendono quelle infrazioni del diritto della concorrenza che comprendono differenti tipologie comportamentali da parte delle imprese coinvolte, integranti gli estremi sia degli accordi che delle pratiche concordate. Tale figura pone delicati problemi con riferimento al principio di colpevolezza delle imprese coinvolte, in quanto il coordinamento

⁶⁹⁵ Conclusioni *cit.* punto 186.

⁶⁹⁶ Sent. *Dansk Rørindustri, cit.*, punto 143.

delle imprese può assumere svariate forme su di un lungo arco temporale e con gradi di partecipazione variabili da parte delle imprese. La qualificazione di infrazione complessa non richiede, secondo l'interpretazione fornita dagli organi comunitari, la simultanea e cumulativa prova "*che ciascuno degli elementi di fatto possieda i fattori costitutivi di un accordo e di una pratica concordata*", risultando sufficiente tutto un complesso di elementi di fatto, taluni qualificati come accordi e altri come pratiche concordate⁶⁹⁷, aventi la comune finalità di provocare una restrizione della concorrenza. Non si ritiene necessario che la Commissione provi l'esistenza dell'accordo e della pratica concordata durante tutto il periodo in cui l'infrazione è stata posta in essere, né tantomeno che essa sia gravata dell'ulteriore onere di scomporre i singoli comportamenti al fine di valutare caso per caso ognuna delle infrazioni commesse, per poi attribuirne la responsabilità alle singole imprese⁶⁹⁸. Ciò in quanto l'art. 81 CE distinguerebbe i concetti di pratica concordata, accordi e decisioni di associazione di imprese al fine di comprendere il più ampio ventaglio possibile di comportamenti implicanti forme diverse di coordinamento e di collusione tra le imprese⁶⁹⁹. Questo, però, non dovrebbe significare che comportamenti diversi, aventi il medesimo oggetto anticoncorrenziale e ciascuno dei quali, preso isolatamente, rientra nella nozione di accordo, di pratica concordata o di decisione di associazione di imprese, non possano costituire manifestazioni diverse di una sola infrazione dell'art. 81 CE⁷⁰⁰. Gli accordi e le pratiche concordate dal punto di vista oggettivo "*ricomprendono forme di collusione che condividono la stessa natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme con cui si manifestano*"⁷⁰¹.

Il tema della colpevolezza assume rilievo nella misura in cui ci si trovi dinanzi ad illeciti di lunga durata, in cui i singoli partecipanti mutino o, comunque, non vi partecipino sempre con la medesima frequenza e/o intensità. In particolare, ci si è domandati se la Commissione debba identificare il grado di colpevolezza di ciascuna impresa⁷⁰². La prassi in materia è volta a negare che occorra una precisa distinzione tra accordi e pratiche concordate. Si

⁶⁹⁷ Sentenza *Rhône Poulenc cit.*, punto 127.

⁶⁹⁸ P. FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia, cit.*, p. 55.

⁶⁹⁹ Sentenza *Anic Partecipazioni s.p.a. cit.*, punto 112.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, punto 113.

⁷⁰¹ *Ibidem*.

⁷⁰² P. FATTORI – M. TODINO, *op. cit.*, p. 54.

ritiene, inoltre, che tutte le imprese che nel corso del tempo hanno partecipato all'intesa sono da ritenersi responsabili dell'infrazione nella sua interezza, indipendentemente dal differente grado di adesione all'intesa⁷⁰³. Ad esempio, nel caso *Vitamine*⁷⁰⁴ la Commissione ha ritenuto che 13 imprese fossero responsabili dell'infrazione, anche se non tutte avevano preso parte all'accordo e non tutte avevano avuto un ruolo essenziale nel garantirne l'operatività. In un altro caso⁷⁰⁵, i giudici comunitari hanno espressamente evidenziato come alla Commissione non potesse essere richiesto di fornire prove dettagliate sulla partecipazione delle singole imprese all'accordo. Nel caso *Polipropilene*⁷⁰⁶, alcune imprese avevano fornito la prova di non avere partecipato a numerose riunioni ed anzi di avere sempre adottato comportamenti in palese difformità rispetto a quanto concordato. Ciò non è stato ritenuto sufficiente ad escludere al loro responsabilità, poiché le imprese coinvolte sapevano o avrebbero dovuto sapere che le riunioni a cui saltuariamente partecipavano erano parte di un piano più ampio con finalità anticoncorrenziali. Recentemente, è stato affermato⁷⁰⁷ che *“un'impresa che abbia preso parte ad un'infrazione multiforme alle regole della concorrenza attraverso comportamenti suoi propri, rientranti nella nozione di accordo o di pratica concordata a scopo anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 81, n. 1 CE e diretti a contribuire alla realizzazione dell'infrazione nel suo complesso, può essere responsabile anche dei comportamenti attuati da altre imprese nell'ambito della medesima infrazione per tutto il periodo della sua partecipazione alla stessa, quando sia accertato che l'impresa considerata è al corrente dei comportamenti illeciti delle altre partecipanti, o che può ragionevolmente prevederli ed è pronta ad accettarne i rischi”*.

Seppure si ritiene di poter condividere l'atteggiamento delle istituzioni comunitarie relativo alla non necessità di fornire prove dettagliate dei singoli elementi che vanno a comporre un'infrazione complessa, non altrettanto può affermarsi con riferimento alla mancanza di differenziazioni relative al grado di

⁷⁰³ *Ibidem*. R. WISH, *op. cit.*, p. 94.

⁷⁰⁴ Decisione della Commissione del 21 novembre 2001, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 81 del trattato CE e dell'art. 53 dell'accordo SEE (COMP/E -1/37.512 – *Vitamine*) in *GU L* 6 del 10.1.2003, p. 1 e ss..

⁷⁰⁵ Sentenza del Tribunale *Limburgse Vinyl Maatschppij cit.*, punto 696.

⁷⁰⁶ Decisione della Commissione del 23 aprile 1986 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CEE (IV/31.149 – *Polipropilene*), in *GU L* 230 del 18.8.1986, p. 1.

⁷⁰⁷ Sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005, *Union Pigments AS*, causa T-62/02, in *Racc.*, p. II-5057, punto 87.

colpevolezza delle imprese coinvolte. Nei casi citati, infatti, si trattava di infrazioni di lunga durata, in cui gli operatori economici che partecipavano alle concertazioni non erano sempre i medesimi. Quantomeno sul piano sanzionatorio, al fine di dare piena attuazione al principio della personalità della pena, occorrerebbe effettuare talune graduazioni degli importi rapportati anche all'intensità della partecipazione dell'impresa all'infrazione. Dalla prassi esistente in materia, non pare potersi ritenere che le istituzioni comunitarie effettuino con sufficiente rigore una differenziazione della sanzione rapportata all'effettiva partecipazione dell'impresa alla condotta vietata. La partecipazione delle imprese, in considerazione delle notevoli conseguenze che ne derivano in termini di sanzioni economiche, necessiterebbe di prove maggiormente rigorose. In materia invece, paiono vigere presunzioni, la cui prova contraria spesso è praticamente impossibile, come avviene quando si richiede il requisito della dissociazione espressa.

14. Elemento soggettivo e abuso di posizione dominante

Come già evidenziato *supra* al par. 2, l'elemento soggettivo pare richiesto unicamente per l'infrazione dell'ammenda e non, invece, per la configurabilità dell'illecito stesso⁷⁰⁸. Tale considerazione non toglie che comunque il dolo o la colpa vadano ricercati e provati (come si è visto, anche attraverso presunzioni) da parte della Commissione per poter comminare l'ammenda. Il tema risulta particolarmente delicato con riferimento alla figura dell'abuso di posizione dominante. Se nelle pratiche concordate abbiamo rilevato come le teorie economiche rivestano un ruolo notevole nella configurazione dell'illecito, è pur sempre vero che in tali fattispecie, le istituzioni comunitarie basano le proprie considerazioni sui contatti che sono avvenuti tra le imprese coinvolte. Così, una volta accertato che tra le imprese sono effettivamente avvenuti contatti, scatta la presunzione di illiceità del successivo parallelismo delle condotte e la questione che si pone in termini di consapevolezza attiene principalmente alla graduazione della sanzione. Nel caso dell'abuso di posizione dominante, invece, ci si trova in presenza di un comportamento unilaterale, che necessariamente comporta, ai fini della sua

⁷⁰⁸ Cfr sul punto *Commission Staff working Paper Annex to the Green Paper "Damages actions for breach of the EC antitrust rules"*, COM(2005) 672 final, del 19.12.2005, p. 31.

qualificazione illecita, di un maggiore spazio per la discrezionalità della Commissione. Infatti, gli stessi comportamenti che vengono censurati ex art. 82 CE, sarebbero completamente legittimi se posti in essere da una impresa non in posizione dominante⁷⁰⁹. In taluni casi, pochi dubbi possono essere sollevati in merito alla “dominanza”: ci si riferisce in particolare a quei casi in cui le imprese sono in posizione di quasi monopolio e le loro quote di mercato sono estremamente elevate. Altri casi, invece, risultano controversi e la legittimità o meno della condotta dipende essenzialmente dalla latitudine della definizione del mercato rilevante. A ciò si aggiunga l'estrema indeterminatezza dell'art. 82 CE e delle fattispecie da esso vietate; in talune ipotesi, detta norma non consente di distinguere tra condotte realmente anticompetitive da quelle volte a realizzare guadagni di efficienza e che si inseriscono nel normale processo concorrenziale. A tal proposito basti rilevare che è in atto un dibattito relativo all'opportunità di introdurre modifiche a tale norma⁷¹⁰.

L'accertamento dell'abuso di posizione dominante può avere gravi conseguenze, in quanto ai sensi dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003 la Commissione può imporre anche rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa, quando “*non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso per l'impresa interessata del rimedio strutturale*”. Detti rimedi strutturali possono, dunque, portare a ristrutturazioni societarie, come la cessione di parte delle imprese o lo smantellamento della società in posizione dominante⁷¹¹. Il solo limite viene individuato nel rispetto del principio di proporzionalità e nel fatto che modifiche “*alla struttura dell'impresa quale si presentava prima*

⁷⁰⁹ Al proposito è stato osservato (R. WISH, *op. cit.*, p. 175) “*A criticism of the Commission has been that it prohibits business practices of dominant firms that would be perfectly acceptable if the firms were not dominant and yet which are considered to be abusive if they are dominant; this amounts to the imposition of a handicap upon those firms, effectively penalising them because their success*”.

⁷¹⁰ Cfr. Discorso di K. KROES, *Preliminary thoughts on Policy Review of Article 82*; Speech at the Fordham Corporate Law Institute; New York, 23rd September 2005, reperibile sul sito <http://europe.eu/rapid/pressReleaseAction.do?reference=SPEECH/05/5378format=HTML&ages-EN&guiLanguage=en>; European Commissione DG Competition, Brussels December 2005, *DG Competition Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Public Consultation, reperibile sul sito <http://ec-europe.eu/comm/competition/antitrust/art82/discussionpaper2005.pdf>.

⁷¹¹ Cfr. C. KERSE – N. KHAN, *op. cit.*, p. 6-027.

dell'infrazione sarebbero proporzionate solo in presenza di un rischio sostanziale del perdurare o del ripetersi dell'infrazione derivante dalla struttura stessa dell'impresa"⁷¹². Tali rimedi strutturali, non essendo inseriti nell'art. 23 relativo alle sanzioni, potrebbero essere imposti senza alcun accertamento della presenza dell'elemento soggettivo, invece richiesto quantomeno sotto il profilo dell'inflizione di ammende pecuniarie.

Come noto, l'art. 82 CE vieta, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di esso⁷¹³. L'articolo in questione non vieta, quindi, la posizione dominante in sé⁷¹⁴, ma il suo abuso. A tal proposito, si pongono due ordini di problemi: in primo luogo occorre accertare cosa si debba intendere per posizione dominante ed in secondo luogo in cosa possa consistere il suo abuso.

Con riferimento alla prima questione, la posizione dominante, secondo una definizione ormai celebre, viene definita quale *“posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*⁷¹⁵. Tale nozione è stata ulteriormente specificata in pronunce successive. In particolare, si è statuito che detta nozione da un lato si distingue dal monopolio in quanto *“non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone la ditta [...n.d.r. in condizione] se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in*

⁷¹² 12° Considerando reg. n. 1/2003.

⁷¹³ L'art. 82 CE elenca, in mera via esemplificativa, quali pratiche abusive: l'imposizione, diretta o indiretta, di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizione di transazione non eque; la limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori; l'applicazione, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; la subordinazione nella conclusione dei contratti di accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

⁷¹⁴ A tal proposito si è statuito che *“la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata sul mercato”* (sentenza della Corte del 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden – Industrie – Michelin* c. Commissione, causa 322/81, in *Racc.*, 1983, p. 3461, punto 57).

⁷¹⁵ Sentenza *United Brands Company e United Brands Continental B.V.* c. Commissione, causa 27/76, in *Racc.*, 1978, p. 207, punto 65.

*cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio*⁷¹⁶ e dall'altro dal parallelismo di comportamenti dell'oligopolio in quanto in detta situazione *"i comportamenti si influenzano reciprocamente, mentre in caso di posizione dominante il comportamento dell'impresa che si trova in tale posizione è, in gran parte, determinato unilateralmente"*⁷¹⁷.

Dalla definizione degli organi comunitari emerge la necessità di verificare la presenza di due elementi al fine dell'accertamento dell'abuso di posizione dominante: la possibilità di poter ostacolare la concorrenza e la possibilità di tenere comportamenti indipendenti. La dottrina ha espresso talune perplessità⁷¹⁸ in merito a tale definizione in quanto non risulta chiaro se tali requisiti debbano essere intesi come cumulativi o alternativi. La soluzione migliore⁷¹⁹, potrebbe consistere nel considerare come essenziale il requisito relativo all'abilità di comportarsi autonomamente sul mercato, ossia effettuare una valutazione del potere di mercato, previa definizione del mercato rilevante geografico e del prodotto

Con la locuzione potere di mercato si intende la possibilità per un'impresa di diminuire la quantità di bene ed aumentare il prezzo al di sopra del livello competitivo⁷²⁰. Ciò è possibile perché l'impresa non subisce particolari costrizioni concorrenziali. La definizione di potere di mercato risulta in realtà estremamente opinabile⁷²¹ in quanto numerosi fattori devono essere presi in considerazione. Tale circostanza solleva talune questioni con riferimento alla colpevolezza ed alla certezza del diritto, in quanto una visione piuttosto che un'altra di ciò che debba essere considerato come potere di mercato possiede come diretta conseguenza l'illegittimità o meno di una determinata condotta.

Nonostante l'assoluta rilevanza della questione, non esistono criteri univoci per calcolare il potere di mercato in maniera diretta e precisa. Si è

⁷¹⁶ Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, *Hoffman – La Roche et Co. AG c. Commissione*, causa 85/76, in *Racc.*, 1979, p. 461, punto 39.

⁷¹⁷ Sentenza *Hoffman – La Roche cit.*, punto 39.

⁷¹⁸ R. WISH, *op. cit.*, p. 180; P. FATTORI – M. TODINO, *op. cit.*, p. 130.

⁷¹⁹ R. WISH, *op. cit.*, p. 179.

⁷²⁰ Si vuole fare riferimento alla capacità di un'impresa di incrementare i propri prezzi al di sopra dei costi marginali, ossia quei costi che crescono all'aumentare delle unità prodotte. Per ampi riferimenti cfr. M. MOTTA, *op. cit.*, p. 115.

⁷²¹ M. MOTTA, *op. cit.*, p. 100; OFT *Guidelines on Assessment of market power*, reperibile sul sito www.offt.gov.uk.

allora cercato di individuare tale potere attraverso una serie di elementi indiretti, come la struttura del mercato e delle imprese che vi operano. Infatti, un'indicazione particolarmente significativa al fine di stabilire il grado di potere di mercato di un'impresa proviene dalla quote di mercato. I giudici comunitari hanno affermato che la detenzione di cospicue quote di mercato, pur non costituendo necessariamente il solo indizio determinante dell'esistenza di una posizione dominante, possiede un'importanza notevole⁷²² e che quote molto elevate costituiscono di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante⁷²³. L'accertamento della quota di mercato deve essere effettuato tenendo in considerazione quelle dei concorrenti⁷²⁴ e la loro evoluzione nel corso del tempo⁷²⁵. La quota di mercato può poi variare a seconda dell'individuazione più o meno lata del mercato rilevante⁷²⁶.

Oltre alla quota di mercato, altri fattori devono essere presi in considerazione, come le capacità economiche dell'impresa, la disponibilità di *know how* e altri diritti di proprietà intellettuale, un elevato grado di

⁷²² Sentenza *Hoffman – La Roche*, cit., punto 133.

⁷²³ Sentenza della Corte del 3 luglio 1991, *AKZO Chemie BV* c. Commissione, causa C-62/86, in *Racc.*, 1991, p. I-3359, punto 61. Nel caso citato una quota pari al 50% è stata ritenuta come indice della posizione dominante.

⁷²⁴ Le istituzioni comunitarie hanno considerato come dominante un'impresa che deteneva meno del 40% in quanto la restante parte del mercato era suddivisa in modo frammentario tra piccoli concorrenti: Decisione della Commissione del 14 luglio 1999 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 82 del trattato CE (IV/D-2/34 – *Virgin/ British Airways*), in *GUL* 30 del 4.2.2000, p. 1 e ss..

⁷²⁵ Si è ritenuto che la stabilità per un periodo di 5 anni indicasse una dominanza; per converso, un ridimensionamento delle quote non è stato reputato sufficiente per far propendere per l'insussistenza della dominanza (cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *op. cit.*, p. 132), in quanto non è necessariamente detto che una posizione dominante sia sinonimo di "posizione inespugnabile" (cfr. Sentenza del Tribunale dell'8 ottobre 1996, *Compagnie Maritimes Belges Transports SA* e a. c. Commissione, causa T-24/93, in *Racc.*, 1996, p. II-1201).

⁷²⁶ Al fine dell'individuazione del mercato del prodotto, viene in genere utilizzato il cd. SSNIP test (*Small but Significant Non-Transitory Increase in Prices*): viene ipotizzato un aumento non transitorio pari al 5-10% e si osserva se la domanda diminuisce, ossia se i consumatori passano ad un altro prodotto, che viene da loro considerato come sostituibile. Per ampi riferimenti cfr. M. MOTTA, *op. cit.*, p. 102. Tale test, nato principalmente per il controllo della concentrazione, deve però essere applicato con particolare cautela nell'accertamento della posizione dominante, in quanto potrebbe condurre a risultati errati ed a una definizione del mercato rilevante troppo estesa (la cd. *cellophane fallacy*). Nel caso della posizione dominante, infatti, l'ipotetico aumento del prezzo dovrebbe essere applicato non al prezzo corrente, che data la dominanza potrebbe già essere molto vicino al livello monopolistico, ma al prezzo competitivo.

integrazione verticale, una reputazione consolidata presso i consumatori, barriere all'entrata o all'uscita, l'assenza di concorrenza potenziale⁷²⁷.

La definizione e l'accertamento di tali criteri possono risultare estremamente incerti. Ciò renderebbe particolarmente opportuno l'accertamento dell'elemento psicologico, in quanto un'impresa potrebbe trovarsi in posizione dominante senza nemmeno esserne consapevole, a seconda della definizione di mercato rilevante e della struttura di mercato.

Una volta accertata la dominanza, occorre poi stabilire in cosa possa consistere l'abuso. Tale operazione risulta particolarmente complessa, in quanto non sempre è agevole distinguere condotte anticoncorrenziali da condotte procompetitive che però possono danneggiare i concorrenti. E' nella valutazione di queste pratiche che *“si corre il rischio di confondere le finalità delle norme antitrust, finendo per tutelare impropriamente il concorrente, e non la concorrenza”*⁷²⁸. Secondo la dottrina citata, occorre pertanto interrogarsi sulla razionalità delle scelte economiche di determinate pratiche: quando esse sono volte a migliorare le efficienze dell'impresa con risultati positivi per la collettività, andranno ritenute lecite. Quando invece, le condotte risultino prive di razionalità economica e sono volte unicamente all'eliminazione dei concorrenti, andranno considerate vietate, in quanto suscettibili di compromettere l'assetto concorrenziale di un dato mercato⁷²⁹.

Le istituzioni comunitarie hanno invece adottato un atteggiamento diverso, che finora non ha tenuto in sufficiente considerazione il punto di vista economico. In primo luogo, esse hanno affermato che sussiste in capo all'impresa in posizione dominante una *“speciale responsabilità”*⁷³⁰: ciò significa che taluni comportamenti perfettamente legittimi ed economicamente giustificati per un'impresa, diventano illeciti nella misura in cui detta impresa si trovi in posizione dominante.

⁷²⁷ Secondo la *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in GU C 372 del 9.12.1997, p. 5., indicazioni relative alle quote di mercato possono derivare dall'impresa stessa, da associazioni di categoria, da ricerche di mercato.

⁷²⁸ P. FATTORI – M. TODINO, *op. cit.*, p. 134.

⁷²⁹ Si suole parlare al proposito di *competition on merits*: ossia verificare la finalità economica delle condotte esaminate e ritenere abusive solamente quelle non sorrette da giustificazioni economiche e razionali e che non dimostrino la loro idoneità a migliorare le prestazioni dell'impresa. Cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *op. cit.*, p. 135.

⁷³⁰ Sentenza *Michelin*, *cit.* punto 108.

In secondo luogo, è affermazione ricorrente che *“la nozione di sfruttamento abusivo sia una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell’impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo della concorrenza”*⁷³¹. Ciò significa, come esattamente evidenziato da parte della dottrina⁷³², che ai fini dell’accertamento della condotta abusiva e della conseguente comminazione della sanzione, l’elemento psicologico tipico dell’illecito è posto sullo sfondo, *“se non addirittura su un piano di irrilevanza, nel senso che l’intento di nuocere ad un concorrente, ad esempio estromettendolo dal mercato, può assumere rilievo ai fini della valutazione dell’illiceità della condotta, ma questa ben può colorarsi di illiceità anche in assenza di una simile finalità”*⁷³³.

La natura oggettiva dell’abuso implica, pertanto, che qualsiasi comportamento possa essere abusivo, indipendentemente dalle intenzioni dell’impresa dominante. In pratica, occorre solamente valutare se la condotta in questione tende, oggettivamente, a restringere la concorrenza. Come è stato osservato da parte della dottrina⁷³⁴, l’eventuale dolo, che in generale è suscettibile di incidere sulla gradazione della sanzione, può contribuire solo in alcuni a rendere abusiva una condotta che altrimenti sarebbe legittima, come avviene nel caso dei prezzi predatori che non siano di per sé abusivi.

Per quanto attiene alla prova della pratica abusiva, secondo i giudici comunitari⁷³⁵ non occorre dimostrare che essa abbia avuto effetti anticoncorrenziali, poiché risulta sufficiente l’attestazione che il comportamento abusivo dell’impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o, che comunque esso *“è tale da avere o può avere un simile effetto”*. La prova relativa all’oggetto e quelle relativa all’effetto

⁷³¹ Sentenza *AKZO cit.*, punto 69.

⁷³² P. FATTORI – M. TODINO, *op. cit.*, 139.

⁷³³ *Ibidem*.

⁷³⁴ L. PROSPERETTI – M. SIRAGUSA – M. BERETTA – M. MERINI, *Economia e Diritto antitrust. Un’introduzione*, Roma, 2006, p. 222.

⁷³⁵ Sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Commissione*, causa T-203/01, in *Racc.*, 2003, p. II- 4071, punti 240-241.

anticoncorrenziale tendono pertanto a confondersi. Una volta fornita la dimostrazione che lo scopo perseguito dall'impresa in posizione dominante consiste in una restrizione della concorrenza, detto comportamento potrà avere anche tale effetto. Tale affermazione deve però essere collegata al fatto che, secondo l'impostazione delle istituzioni comunitarie, la nozione di sfruttamento della posizione dominante è una nozione oggettiva, in cui non pare assumere alcuna rilevanza l'elemento psicologico dell'impresa. Non si comprende, pertanto, come possa essere fornita la prova dell'intenzionalità di una restrizione della concorrenza. In dottrina⁷³⁶ è stato infatti osservato come *“se per le forme di condotte più patentemente abusive un'analisi fondata sull'oggetto della pratica è giustificabile (si pensi alle strategie predatorie), tanto più che in tali casi può anche soccorrere l'accertamento dell'elemento psicologico, ossia l'intento deliberato di danneggiare i concorrenti (si può parlare, utilizzando una categoria giuridica civilistica, del dolo), per altre condotte commerciali generalmente lecite e conformi agli usi commerciali (si pensi alle pratiche scontistiche) un'analisi un po' astratta delle fattispecie ha condotto in talune occasioni a forme di applicazione estensiva delle norme sull'abuso, causando una parziale divergenza con la prassi statunitense, dove invece l'analisi resta incentrata sulla prova degli effetti”*⁷³⁷.

La concezione oggettiva di abuso comporta, dunque, come corollario, che un'impresa possa venire sanzionata anche se non aveva alcuna intenzione di violare l'art. 82 CE⁷³⁸: una determinata condotta può essere pregiudizievole per il mercato indipendentemente dal fatto di perseguire tale scopo. Ad avviso di parte della dottrina⁷³⁹, il fatto che, in talune ipotesi, soprattutto in materia di prezzi predatori⁷⁴⁰, si richieda l'intenzionalità di danneggiare i propri concorrenti non contraddirebbe l'assunto dell'irrilevanza dell'elemento soggettivo, poiché tale aspetto non sarebbe determinante ai fini dell'accertamento dello sfruttamento abusivo. Ai fini dell'accertamento del disegno criminoso atto all'eliminazione dei concorrenti pare infatti necessario

⁷³⁶ P. FATTORI – M. TODINO, *op. cit.*, 139.

⁷³⁷ *Ibidem.*

⁷³⁸ R. WISH, *op. cit.*, p. 194.

⁷³⁹ *Ibidem.*

⁷⁴⁰ Sentenza *Akzo cit.*, punto 72, secondo la quale i prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi marginali sono illeciti *“allorché siano fissati nell'ambito di un disegno teso ad eliminare un concorrente”*.

che esso si atteggi come rischio potenziale⁷⁴¹. La Corte ha, in proposito, affermato che risulta sufficiente ad integrare gli estremi dell'abuso anche l'ipotesi in cui un'impresa modifichi la propria struttura e conseguentemente si abbia una pressoché totale eliminazione della concorrenza, anche a prescindere dalla colpa⁷⁴².

Secondo un'opinione autorevolmente espressa⁷⁴³, che si ritiene di condividere, nel caso dell'art. 82 CE, invece, si richiederebbe una "*particolare coloritura della condotta sul piano psicologico*" al fine di non scivolare in ipotesi di responsabilità oggettiva che non sono espressamente previste dal legislatore comunitario.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, deve essere visto con particolare favore il dibattito in atto relativo ad una modifica dell'art. 82 CE che almeno consenta di tenere in maggiore considerazione i reali effetti economici.

15. Elemento soggettivo e concentrazioni

L'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo si pone con minore evidenza nel caso delle concentrazioni, in quanto il problema della colpa può considerarsi assorbito *de plano* dall'esistenza del divieto da parte della Commissione o dall'omessa notifica⁷⁴⁴. L'art. 14 del nuovo regolamento n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese⁷⁴⁵ prevede, infatti, che la Commissione possa infliggere ammende alle imprese interessate o ai soggetti che detengono il controllo di talune imprese nel caso in cui omettano di notificare una concentrazione o la realizzino ancorché dichiarata incompatibile con il mercato comune o non osservino una condizione od un onere imposto al fine di poter procedere con la concentrazione. Anche l'art. 14 del regolamento sopra citato richiede la sussistenza dei requisiti dell'intenzionalità e delle negligenza, ma essi si pongono in maniera differente rispetto ai divieti di cui agli artt. 81 e 82 CE. Nel caso delle concentrazioni, infatti, l'illecito si realizza

⁷⁴¹ Sentenza *Tetra Pak*, cit., punto 41.

⁷⁴² Sentenza *Continental Can*, cit., punto 29.

⁷⁴³ GRASSO, op. cit., p. 107.

⁷⁴⁴ Cfr. con riferimento alla legislazione italiana antitrust L. NIVARRA, *Commento all'art. 33 c. 2*, in AA.VV. *Diritto antitrust italiano*, 1993.

⁷⁴⁵ In GUL 24 del 29.01.2004.

per lo più tramite comportamenti omissivi che presuppongono un *facere* della Commissione. Da un punto di vista empirico, inoltre, deve essere osservato che le concentrazioni che rivestono un'importanza comunitaria sono caratterizzate da notevoli dimensioni e dalla complessità dell'operazione, spesso anche ampiamente pubblicizzata. Tali elementi implicano, necessariamente, l'ausilio di personale altamente qualificato e perciò difficilmente un comportamento omissivo potrà considerarsi non doloso o quantomeno altamente negligente. Nel caso in cui, poi, la Commissione dichiara la concentrazione incompatibile con il mercato comune ed i soggetti interessati vi diano ugualmente luogo, l'intenzionalità o quantomeno una colpa cosciente sono in *re ipsa* nell'inottemperanza alla decisione della Commissione.

CAPITOLO 5

PRINCIPIO DI LEGALITA'

Sommario: 1. Premessa; 2. Contenuto del principio di legalità con riferimento al precetto; 3. Contenuto del principio di legalità con riferimento alla sanzione; 4. Riconoscimento del principio di legalità a livello internazionale; 5. Applicabilità del principio di legalità al diritto della concorrenza; 6. Fondamenti normativi del potere sanzionatorio della Commissione; 7. Legittimità del regolamento n. 17 del 1962; 8. Principio di legalità e prassi sanzionatoria della Commissione anteriore all'emanazione degli Orientamenti; 9. Orientamenti della Commissione del 1998 per il calcolo delle ammende; 10. contenuto degli Orientamenti; 11. Censure relative alla supposta illegittimità degli Orientamenti; 12. Orientamenti e principio di irretroattività; 13. Orientamenti e legittimo affidamento; 14. Orientamenti e principio di proporzionalità; 15. Riflessioni sugli Orientamenti; 16. Nuovi Orientamenti per il calcolo della ammende; 17. Prime considerazioni sui nuovi Orientamenti; 18. Programmi di clemenza: considerazioni generali; 19. Comunicazione sulla non imposizione o riduzione di ammende del 1996; 20. Critiche alla Comunicazione del 1996; 21. Nuova Comunicazione sulla non imposizione o riduzione di ammende del 2002; 22. Critiche alla Comunicazione del 2002; 23. Possibilità di scambio di informazioni tra le autorità nazionali della concorrenza; 24. Draft di un nuovo programma di clemenza; 25. Prescrizione del potere di infliggere ammende e di constatazione di un'infrazione già cessata.

1. Premessa

Con il brocardo coniato da *Feurbach*⁷⁴⁶ *nullum crimen, nulla poena sine (proevia) lege* vengono espressi gli aspetti salienti ed inscindibili del principio di legalità in materia penale: il divieto di punire taluno per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato⁷⁴⁷ ed il divieto di

⁷⁴⁶ T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 1997, p. 17. Il principio in esame si è affermato, infatti, nel periodo illuminista, in cui si impose l'idea della legalità come limitazione dell'arbitrio dei giudici e dei sovrani e come imprescindibile presupposto per la certezza del diritto. Per ampi riferimenti si veda A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, p. 156 e ss..

⁷⁴⁷ G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto Discipl. Penalistiche*, 1994, p. 278 e ss. in cui viene affermato che “punire sulla base di una legge retroattiva è come punire in virtù di un principio morale o politico che non era tradotto in legge positiva all'epoca del fatto, e dunque è del tutto equivalente a punire in assenza di una legge incriminatrice”.

punire con pene che non siano stabilite dalla legge⁷⁴⁸. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, il divieto si estende sia a pene non previste dalla legge in senso assoluto, sia a pene previste per reati diversi, sia pene più gravi di quelle previste al momento della commissione del fatto⁷⁴⁹.

Il principio di legalità, latamente inteso, comprende il principio di riserva di legge, quello di determinatezza, di tassatività e di irretroattività. Esiste una sostanziale interdipendenza tra i tre aspetti, nel senso che l'uno non potrebbe essere pretermesso senza compromettere gli altri⁷⁵⁰.

Lo scopo del presente capitolo consiste nell'analizzare l'applicabilità di tali principi al diritto comunitario della concorrenza, il suo impatto sulla prassi delle istituzioni comunitarie al fine di verificare se effettivamente esso venga rispettato, con riferimento al profilo del rispetto del principio di legalità nel momento sanzionatorio per illeciti antitrust.

2. Contenuto del principio di legalità con riferimento al precetto

Con riferimento al precetto, la riserva di legge viene intesa come “monopolio legislativo delle fonti normative”⁷⁵¹. La *ratio* di tale principio viene, in genere, individuata nell'esigenza di preservare la materia penale da indebite ingerenze del potere esecutivo⁷⁵².

Con i principi di determinatezza e tassatività si intende l'obbligo del legislatore di formulare la fattispecie in modo univoco e preciso, al fine di permettere l'individuazione certa della “*linea di confine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è*”⁷⁵³. L'esigenza di determinatezza della norma penale deriva

⁷⁴⁸ G. VASSALLI, *op. cit.*, 279 e ss.; S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 123 e ss..

⁷⁴⁹ G. VASSALLI, *op. cit.*, p. 284 evidenzia come sia vietato anche applicare circostanze aggravanti non previste al momento della commissione del fatto.

⁷⁵⁰ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁵¹ G. VASSALLI, *op. cit.*, p. 309.

⁷⁵² M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, *op. cit.*, p. 135.

⁷⁵³ M. ZANOTTI, *op. cit.*, p. 135. L'A. citato sottolinea come con la locuzione “determinatezza” si intenda un requisito di formulazione della fattispecie, mentre con tassatività si intende una proiezione esterna, ossia si vieta una applicazione analogica da parte del giudice. Intimamente connessa con la nozione di determinatezza è quella di tipicità in quanto la norma penale deve assumere un contenuto determinato e limitare la propria applicazione solamente agli accadimenti da essa tassativamente previsti. Tali principi risultano connessi con l'esigenza di certezza del diritto, con la funzione general-preventiva, alla parità di trattamento ed alla colpevolezza. Su quest'ultimo punto vedi *infra* Capitolo 4.

direttamente dall'incidenza che tali norme hanno su di un bene particolarmente importante, la libertà personale, al contrario di quelle civili i cui effetti si ripercuotono, per lo più, sul piano meramente patrimoniale. Una norma, per essere conforme al principio in esame, deve dunque permettere all'individuo di conoscere con sufficiente prevedibilità la compatibilità o meno del suo comportamento alla legge. Varie tecniche normative possono essere utilizzate a tal fine ed, in linea generale, si ritiene⁷⁵⁴ conforme a detto principio l'utilizzo di elementi descrittivi di tipo naturalistico, che richiamano concetti di comune esperienza, empiricamente verificabili e che non lasciano ai giudici ampi margini di manovra⁷⁵⁵. La dottrina⁷⁵⁶ ritiene, altresì, compatibili con la sopra descritta esigenza di determinatezza l'utilizzazione della descrizione dell'evento, nel senso che dovrà essere considerata illecita qualunque condotta che dia luogo, in termini di nesso di causalità, all'evento descritto⁷⁵⁷. In definitiva, la determinatezza viene intesa come conoscibilità del contenuto precettivo: al fine di *“assicurare l'effetto motivante delle norme penali, non basta che esse siano incorporate in una legge pubblica se questa per la sua oscurità o per altri motivi diviene scarsamente conoscibile dalla gente”*⁷⁵⁸. Una norma deve essere prevedibile ed accessibile, nel senso che un soggetto deve poter ottenere le informazioni sufficienti e la norma deve poter essere chiara al punto di consentire una valutazione della liceità o meno della propria condotta⁷⁵⁹.

La tassatività implica invece il divieto di norme puramente esemplificative ed il divieto di analogia nelle leggi incriminatrici o aggravatrici della pena.

Il principio di irretroattività, storicamente connesso con l'esigenza di garantire da arbitri dello stesso legislatore, implica che si possano predisporre

⁷⁵⁴ Sul punto si veda M. ZANOTTI, *op. cit.*, p. 139.

⁷⁵⁵ G. VASSALLI, *op. cit.*, p. 322 evidenzia come da una rassegna della giurisprudenza costituzionale italiana emerga come i giudici della Consulta abbiano considerato conformi al principio di determinatezza anche descrizioni di reato sommarie o consistenti nell'uso di espressioni estensive o esemplificative del reato, in presenza di una chiara identificazione del bene giuridico tutelato.

⁷⁵⁶ *Ibidem*.

⁷⁵⁷ Ciò si verifica, in particolare, nei cosiddetti reati a forma libera, in cui il legislatore descrive solo l'evento prevedendo la punibilità di qualunque condotta che lo ponga in essere. Il caso tipico di reato a forma libera è l'omicidio.

⁷⁵⁸ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 168.

⁷⁵⁹ P. MANZINI, *Il principio di legalità nella giurisprudenza del tribunale penale per la ex Jugoslavia*, in *Riv. dir. Int. priv. e proc.*, 2005, p. 679 e ss..

pene solamente per fatti ancora da commettere ed è spesso accompagnato dalla previsione della retroattività della legge successiva più mite⁷⁶⁰. Il divieto di retroattività risulta strettamente connesso alla prevenzione generale, secondo la quale non risulta possibile prevenire un'azione criminosa se non si concede ai soggetti la possibilità di conoscere previamente la legge. Assumono rilievo anche esigenze retributive e di prevenzione speciale, poiché non si può retribuire e rieducare un soggetto per ciò che ha commesso se questi non poteva conoscere la criminalità del fatto nel momento in cui agiva⁷⁶¹. Detto principio si traduce, pertanto, nell'esigenza dei cittadini a poter confidare sul fatto che una legge successiva non potrà peggiorare la situazione vigente al momento in cui una certa azione viene compiuta⁷⁶².

3. Contenuto del principio di legalità con riferimento alla sanzione

Il principio di legalità investe anche il profilo della sanzione poiché esso *“verrebbe vanificato e privato del suo significato di garanzia se abbracciasse il solo precetto e non investisse anche le sanzioni. A nulla servirebbe la minuziosa, chiara, precisa descrizione della fattispecie se poi sfuggisse al monopolio della legge la previsione della sanzione determinate, come pure di quantum determinati di pena”*⁷⁶³.

Il principio di legalità riferito alla pena implica, in primo luogo, che essa debba essere stabilita unicamente dal legislatore.

Le esigenze di determinatezza e tassatività della pena esigono, poi, che essa debba essere formulata in modo da essere prevedibile. Nell'epoca illuminista si era pensato che un sistema di pene fisse potesse meglio rispondere alle esigenze di rendere il giudice “bocca della legge”. La pena fissa risponde al principio di determinatezza in quanto rappresenta *“una risposta omogenea ed indifferenziata per fatti illeciti che sono tipici rispetto alla fattispecie astratta”*⁷⁶⁴ e riduce al minimo la discrezionalità dei giudici. In

⁷⁶⁰ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 156.

⁷⁶¹ Sull'incidenza scusante dell'errore sulla legge e della sua rilevanza per la comminazione di sanzioni antitrust si vedano le considerazioni svolte nel Capitolo 4.

⁷⁶² Risulta invece ammissibile la retroattività di una legge più favorevole (*lex mitior*).

⁷⁶³ S. LARIZZA, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁶⁴ M. ZANOTTI, *op. cit.*, p. 143. Cfr. sul punto Capitolo 4.

realtà, è stato osservato⁷⁶⁵ che uno stesso fatto definito illecito dalla legge, può essere commesso da diversi soggetti con differenziazioni sia sul piano della gravità oggettiva, sia su quello della colpevolezza. Per tali ragioni è stata ravvisata l'opportunità di prevedere per le singole fattispecie cornici edittali di una certa latitudine, fissando il limite inferiore e quello superiore e lasciando al giudice il compito di determinare la pena concreta, tenendo conto delle circostanze peculiari del caso sottoposto al suo esame. La forcella di sanzioni consente di raggiungere *“un punto di equilibrio tra le esigenze di legalità e le esigenze di individualizzazione della sanzione”*⁷⁶⁶. Parte della dottrina⁷⁶⁷ evidenzia come anche limiti edittali troppo ampi possano comportare una violazione del principio di legalità. Al giudice verrebbe lasciato il compito di effettuare un giudizio sul disvalore stesso del fatto, invece che esternare una propria valutazione rispetto al caso concreto, nei limiti di un giudizio di disvalore già compiuto, a monte, dal legislatore. L'esigenza di prevedibilità viene soddisfatta anche dal principio di irretroattività, per il quale non possono essere applicate pene diverse o più gravi di quelle che erano previste al momento della commissione del fatto: una pena retroattiva priva l'individuo della possibilità di conoscere le conseguenze delle proprie azioni⁷⁶⁸.

4. Riconoscimento del principio di legalità a livello internazionale

Il principio di legalità viene riconosciuto, con diversa latitudine, da numerosi strumenti convenzionali⁷⁶⁹. Tra questi, l'art. 7 della Convenzione

⁷⁶⁵ *Ibidem*.

⁷⁶⁶ S. LARIZZA, *op. cit.*, 127.

⁷⁶⁷ *Ibidem*; M. ZANOTTI, *op. cit.*, p. 144. G. VASSALLI, *op. cit.*, p. 323.

⁷⁶⁸ S. ATRILL, *Nulla Poena Sine Lege in Comparative Prospective: Retrospectivity under ECHR and US Constitution*, in *Public Law*, 2005, p. 107 e ss..

⁷⁶⁹ In via meramente esemplificativa: art. 15 del Patto relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16.12.1966 dall'Assemblea delle Nazioni Unite, entrato in vigore in Italia il 15.12.1978 in forza della l. 25.10.1977, n. 881 *“Nessuno sarà condannato per azioni o omissioni che non costituivano un atto delittuoso in base al diritto nazionale o internazionale al momento in cui esse sono state commesse. Inoltre, non sarà inflitta alcuna pena più grave di quella che era applicabile al momento in cui l'infrazione è stata commessa. Se, posteriormente a tale infrazione, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il delinquente ne dovrà beneficiare. Nulla nel presente articolo si oppone al giudizio e alla condanna di un qualsiasi individuo per azioni o omissioni che, al momento in cui furono commesse, erano ritenute criminali, in base ai principi generali di diritto riconosciuti dall'insieme delle nazioni”*.

L'art. 9 della Convenzione Americana dei diritti dell'uomo del 1969 *“No one shall be convicted of any fact that did not constitute a criminal offense, under the applicable law, at*

Europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali, rubricato *nulla poena sine lege*, prevede che “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”. Tale norma riveste una notevole importanza ed è stata oggetto dell’attività interpretativa degli organi di Strasburgo che hanno provveduto a specificarne i contenuti⁷⁷⁰.

La Corte europea dei diritti umani ha affermato, a più riprese, l’importanza del principio in esame, sottolineando come anche la stessa Convenzione non ne preveda alcuna possibilità di deroga in caso di guerra o in caso di altro pericolo che minacci la vita della nazione, come invece viene

the time it was committed. A heavier penalty shall not be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offense was committed. If subsequent to the commission of the offense, the law provides for the imposition of a lighter punishment, the guilty person shall benefit therefrom”.

L’art. 7.2 della Carta dei diritti degli individui e dei popoli dell’Africa del 1981 “no one may be condemned for an act or omission which did not constitute a legally punishable offence at the time it was committed. No penalty may be inflicted for an offence for which no provision was made at the time it was committed. Punishment is personal and can be imposed only on the offender”.

⁷⁷⁰ Come noto, anche la corrispondente previsione della Carta Europea dei diritti fondamentali deve essere interpretata alla luce di tale giurisprudenza. L’art. 49, rubricato “principi della legalità e proporzionalità dei reati e delle pene stabilisce che “Nessuno può essere condannato per un’azione o un’omissione, che al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione di un reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima.

Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un’azione o di un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”. Per ampi riferimenti si veda A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2002, p. 673 e ss. il quale sottolinea come detto principio fosse comunque preesistente e vigente anche in epoca anteriore all’emanazione della Carta grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sviluppatasi negli anni ’60, in cui si è stabilita l’osservanza e la salvaguardia dei diritti fondamentali all’interno dell’ordinamento comunitario.

ammesso per altre norme della CEDU dall'art. 15⁷⁷¹. Secondo l'interpretazione dei giudici, poi, l'art. 7 par. 1 non riguarda solamente il divieto di retroattività delle norme penali, ma comprende anche il principio in base al quale solo la legge può disporre dei divieti penali (riserva di legge) ed il divieto di applicazione analogica⁷⁷². A tal proposito, è stato osservato che tale norma consacra il più generale principio di legalità, il quale implica che un soggetto venga posto in grado di comprendere la liceità o meno del proprio comportamento ed, in definitiva, possa impiegare di “*tutto il suo spazio di libertà*”⁷⁷³.

Al fine di permettere all'individuo di autodeterminarsi, le norme incriminatrici devono possedere il requisito della determinatezza. Esso viene soddisfatto nella misura in cui un individuo possa comprendere il divieto dal tenore letterale della norma e, se necessario, con l'ausilio dell'interpretazione giudiziale⁷⁷⁴.

La prevedibilità ed il carattere sufficientemente certo di una data norma sono soddisfatti se essa possa essere considerata “*accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. A law which confers a discretion is not itself inconsistent with this requirement, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference*”⁷⁷⁵.

Con riferimento alle evoluzioni giurisprudenziali che possono condurre all'applicazione di pene più gravose, i giudici di Strasburgo hanno stabilito la loro conformità all'art. 7 par. 1 CEDU solo nella misura in cui queste

⁷⁷¹ Sentenza della Corte europea dei diritti umani *S.W. c. U.K* del 22 novembre 1995, serie A n. 335, par. 34.

⁷⁷² Sentenza della Corte europea dei diritti umani *Kokkinakis c. Grecia* del 25 maggio 1993, Serie A n. 260, p. 22, par. 52.

⁷⁷³ A. BERNARDI, *op. cit.*, 676.

⁷⁷⁴ *Ibidem*. Con riferimento al rispetto del principio di riserva di legge, i giudici di Strasburgo (Sentenza *S.W. c. U.K.*, *cit.*, par. 35) hanno stabilito che esso possa considerarsi rispettato anche dalle consuetudini, a condizione che il loro livello qualitativo ne consenta una certa accessibilità e prevedibilità.

⁷⁷⁵ Sentenza Corte europea dei diritti umani *Margareta e Roger Andersson c. Svezia*, del 25 febbraio 1992, serie A, n. 226, par. 226; Sentenza Corte europea dei diritti umani del 24 aprile 1990, *Kruskolín c. Francia*, Serie A, n. 176-A..

potessero dirsi prevedibili al momento della commissione del fatto⁷⁷⁶.

5. Applicabilità del principio di legalità al diritto della concorrenza

Per quanto attiene all'applicabilità del suddetto principio, strettamente penalistico, anche all'ambito antitrust si rimanda alle considerazioni svolte più in generale nel capitolo 1. Occorre però rilevare che il principio di legalità nei procedimenti amministrativi, e più in particolare, nel settore della concorrenza, viene inteso con minor rigore⁷⁷⁷ rispetto al settore penale. A proposito degli illeciti amministrativi, la migliore dottrina⁷⁷⁸ ha evidenziato come, pur non in presenza di fatti che assurgono al rango di reati, sia proprio l'idea stessa di sanzione, il suo carattere afflittivo e le esigenze di prevenzione generale e speciale, che consentono analogie con il diritto penale e, pertanto, si pone il quesito dell'applicabilità, anche in queste ipotesi, del principio penalistico di legalità. Le esigenze di depenalizzazione o il fatto che un determinato atto non assurga al rango di reato non sono tali “*da permettere di cancellare del tutto le esigenze di legalità che stanno alla base di una qualsiasi sanzione*”⁷⁷⁹.

Anche secondo l'interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo, l'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU va al di là dei reati e pene formalmente intesi, ossia qualificati come penali in base all'ordinamento interno. In tali circostanze, dunque, come del resto avviene per l'art. 6, la nozione di materia “*penale*” risulta “*autonoma*”⁷⁸⁰. In particolare, è stato

⁷⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷⁷ Cfr. A. BERNARDINI – C. GRANDI, *Country Analysis, Italy*, in G. DANNECKER – O. JANSEN, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, The Hague/London/New York, 2004, p. 646; C. KERSE – N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2005, p. 180, i quali, relativamente alle sanzioni antitrust hanno affermato che “*the very nature of such penalties means that there is a little likelihood of Art. 7 ECHR being infringed*”. Secondo parte della dottrina (S. MAIL – FOUILLEUL, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Parigi, 2002, p. 5), tale affievolimento è dovuto al fatto che la Commissione, attraverso la tutela della concorrenza, persegue, anche e soprattutto, la finalità politica dell'integrazione del mercato comunitario.

⁷⁷⁸ G. VASSALLI, *op. cit.*, p. 301.

⁷⁷⁹ *Ibidem*. In proposito, merita di essere segnalato che per quanto riguarda la disciplina della concorrenza italiana il principio di legalità riceve espressa sanzione normativa in virtù del richiamo alla legge 689/91, il cui articolo 1 prevede che “*nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione; le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati*”.

⁷⁸⁰ Per maggiori riferimenti vedi *infra* capitolo 1.

stabilito⁷⁸¹ che al fine di verificare se ci si trovi in presenza di una ‘pena’ occorre valutare se essa venga imposta a seguito di un fatto considerato quale offesa penale. Inoltre, altri fattori che possono essere presi in considerazione al fine di stabilire se si tratti di una ‘pena’ vengono identificati nella natura e nello scopo della misura in questione; nella sua classificazione all’interno del diritto nazionale; nelle procedure utilizzate per la sua comminazione ed esecuzione ed infine nel suo grado di severità⁷⁸². Tale definizione non pare discostarsi da quella fornita dalla Corte di Strasburgo con riferimento alla nozione di “accusa penale”⁷⁸³, seppure non tutte le misure che seguono un procedimento penale possano definirsi “pene” ai sensi dell’art. 7 CEDU⁷⁸⁴.

All’interno dell’ordinamento comunitario, il principio di legalità è sempre stato ritenuto vigente⁷⁸⁵. I giudici del Lussemburgo hanno considerato il principio in esame come parte integrante dei principi generali di diritto “*poiché si trova alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è sancito da diversi trattati internazionali e, in particolare, dall’art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo*”⁷⁸⁶.

In particolare, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che anche in presenza di sanzioni non penali deve essere garantito il rispetto del principio di determinatezza, che si ritiene soddisfatto in presenza di fondamenti giuridici chiari ed univoci⁷⁸⁷. La norma in base alla quale viene comminata la sanzione deve essere chiara ed univoca e, più in generale, tutta la legislazione comunitaria deve essere certa e la sua applicazione prevedibile per gli amministratori⁷⁸⁸, in ossequio al principio di certezza del diritto e di legittimo affidamento⁷⁸⁹. I requisiti di certezza e prevedibilità si impongono con

⁷⁸¹ Sentenza Corte europea dei diritti umani *Welch* c. Regno Unito, *cit.*.

⁷⁸² Sentenza *Welch* *cit.*, punto 28.

⁷⁸³ Per ampi riferimenti si veda *infra* cap. 1.

⁷⁸⁴ S. ASTRILL, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁸⁵ Per ampi riferimenti in proposito si veda G. GRASSO, *Le prospettive di un diritto penale dell’Unione europea*, in *Dir. penale dell’economia*, 1995, p. 1159 e ss..

⁷⁸⁶ Sentenza della Corte del 12 dicembre 1996, *X*, cause riunite C-74795 e C-129/95, in *Racc.*, 1996, p. I-6609, punto 25.

⁷⁸⁷ Sentenza della Corte del 25 settembre 1984, *Karl Koenecke GmbH* c. *Bundesanstalt fuer Landwirtschaftliche Marktordnung*, causa 117/83, in *Racc.*, 1984, p. 3291, punto 11; Conclusioni dell’Avvocato Generale Bot, presentate il 1° marzo 2007, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd.* c. Commissione, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 123.

⁷⁸⁸ Sentenza della Corte del 22 febbraio 1984 *Gerda Kloppenburg* c. *Finanzamt Leer.*, causa 70/83, in *Racc.*, 1984, p. 1075, punto 11.

⁷⁸⁹ Sentenza della Corte del 12 novembre 1981, *Amministrazione delle Finanze dello Stato* c. *Meridionale Industrie Salumi* e a., cause riunite da 212 a 217/80, in *Racc.*, 1981, p. 2735, punto 10.

maggior rigore quando la normativa è suscettibile di imporre notevoli conseguenze finanziarie⁷⁹⁰. Sempre a proposito di tali requisiti, la Corte ha affermato che il principio della previsione legale dei reati e delle pene, corollario del principio di certezza del diritto, impedisce di intraprendere procedimenti penali nella misura in cui il carattere censurabile dei comportamenti non emerga in maniera evidente dalla legge⁷⁹¹.

Con precipuo riferimento alla materia antitrust, i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto applicabile il principio di legalità proprio in quanto principio generale di diritto comunitario. In particolare, si esige il suo rispetto nel caso di procedimenti amministrativi che possono condurre all'irrogazione di sanzioni in applicazione delle regole di concorrenza del trattato⁷⁹².

In considerazione della 'fluidità' della materia che coinvolge valutazioni anche e soprattutto economiche, le imprese coinvolte in illeciti antitrust hanno cercato a più riprese di far valere questo principio, al fine di sottrarsi all'applicazione sia della normativa posta a tutela della concorrenza, sia all'inflizione delle sanzioni.

Si procederà quindi ad un'analisi delle motivazioni poste a fondamento delle doglianze delle imprese con riferimento precipuo alle sanzioni. Con riferimento, invece, al rispetto del principio di legalità con riferimento al precetto, ossia agli articoli 81 e 82 CE, ai fini del presente lavoro, basti rilevare che le imprese hanno cercato a più riprese di far valere una supposta mancanza di determinatezza di dette norme, soprattutto, come già evidenziato, in relazione alla figura dell'abuso di posizione dominante. Nel caso *Hoffman La-Roche*⁷⁹³, la Corte ha però precisato come, in realtà, tale nozione e quella correlata di sfruttamento abusivo potevano dirsi prevedibili da un operatore economico accorto⁷⁹⁴. Il tema, come accennato, è oggetto di un dibattito che dovrà condurre ad una nuova formulazione dell'art. 82 CE.

⁷⁹⁰ Sentenza della Corte del 13 marzo 1990, Commissione c. *Francia*, causa C-30/89, in *Racc.*, 1990, p. I-691, punto 23.

⁷⁹¹ Sentenza della Corte del 12 dicembre 1996, *X, cit.*, punto 25.

⁷⁹² Sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002, *LR AF 1998* e a. c. Commissione, causa T-23/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1705.

⁷⁹³ *Cit.*.

⁷⁹⁴ Per maggiori riferimenti, vedi *infra* Capitolo 4, parr. 5,6 e 14.

6. Fondamenti normativi del potere sanzionatorio della Commissione

Come noto, l'art. 83 CE⁷⁹⁵ prevede che il Consiglio emani regolamenti e direttive volte all'applicazione dei principi contenuti negli articoli 81 e 82 CE. Al fine di garantire l'osservanza dei divieti, il Consiglio è abilitato a prevedere ammende e penalità di mora ed a definire i compiti della Commissione. Il Consiglio ha conseguentemente emanato dapprima il regolamento n. 17/62 il cui articolo 15 prevedeva che la Commissione potesse infliggere ammende da mille a ad un milione unità di conto, con facoltà di aumentare quest'ultimo limite fino al 10% del volume d'affari realizzato dalle imprese nell'esercizio sociale precedente, alle imprese coinvolte intenzionalmente o per negligenza in illeciti antitrust. Nella valutazione dell'ammontare dell'ammenda si doveva tener conto della gravità e durata dell'infrazione. Successivamente, il Consiglio ha emanato il regolamento n. 1/2003 il cui articolo 23 prevede la possibilità per la Commissione di infliggere ammende fino ad un massimo del 10% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente. Anche in questo caso, gli unici criteri forniti dal legislatore comunitario per la determinazione del *quantum* dell'ammenda consistono nella gravità e durata dell'infrazione.

Tale scarna normativa è stata quindi oggetto di una evoluzione pratica e giurisprudenziale che ha condotto al delinearsi di un *corpus* notevole di decisioni. Le imprese non hanno mancato di far valere censure relative alla contrarietà di tale regolamentazione al principio di legalità, poiché gli unici elementi forniti dal legislatore comunitario per la determinazione dell'entità

⁷⁹⁵ “1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 81 e 82 sono stabiliti dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.

2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di:

- a) garantire l'osservanza dei divieti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, e dell'articolo 82, comminando ammende e penalità di mora.,
- b) determinare le modalità di applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo,
- c) precisare, eventualmente, per i vari settori economici, il campo di applicazione degli articoli 81 e 82,
- d) definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di Giustizia nell'applicazione delle disposizioni contemplate dal presente paragrafo,
- e) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall'altra.”

dell'ammenda consistono solamente nella gravità e durata dell'infrazione, lasciando così un ampio margine discrezionale alla Commissione. La prassi dell'istituzione comunitaria si è andata sempre più raffinando ed al fine di garantire la certezza del diritto e la trasparenza del suo operato, sono stati emanati dalla Commissione degli Orientamenti, recentemente sostituiti, che dovrebbero fungere da guida in sede di calcolo delle ammende.

Sia la prassi antecedente all'emanazione degli Orientamenti, che gli stessi Orientamenti e perfino la stessa normativa del Consiglio, è stata oggetto di numerose censure che hanno coinvolto il principio di legalità nella sua interezza.

7. Legittimità del regolamento n. 17 del 1962

Per questioni metodologiche, in quanto normativa che funge da fondamento per lo stesso potere sanzionatorio della Commissione, si darà conto delle critiche mosse allo stesso regolamento n. 17/62, anche se sono state sollevate molto di recente.

L'art. 15 par. 2 del regolamento n. 17/62 è stato oggetto di eccezione di illegittimità con riferimento ad una asserita contrarietà al principio di legalità delle pene⁷⁹⁶, in quanto detta norma non consentirebbe di predeterminare a sufficienza la prassi decisionale della Commissione. In virtù del principio di legalità, infatti, la legislazione comunitaria dovrebbe essere caratterizzata da chiarezza e prevedibilità, soprattutto nella misura in cui essa è suscettibile di comportare conseguenze finanziarie notevoli⁷⁹⁷.

Come sopra chiarito, i requisiti di chiarezza e prevedibilità di una norma sono stati oggetto dell'attività interpretativa della Corte di Strasburgo⁷⁹⁸. In primo luogo, è stato affermato che una norma debba essere accessibile alle persone interessate e formulata in modo preciso, al fine di consentire, se del caso anche con l'ausilio di legali esperti, di prevedere con un

⁷⁹⁶ Sentenza del Tribunale del 5 aprile 2006, causa T-279/02, *Degussa AG c. Commissione*, in *Racc.*, 2006 p. II-897; sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, *Jungbunzlauer AG c. Commissione*, causa T-43/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁷⁹⁷ Cfr. sul punto giurisprudenza citata *supra* ed in particolare sent. Commissione c. Francia, *cit.*, punto 23; sentenza della Corte del 10 luglio 1980, Commissione c. Regno Unito, causa 32/79, in *Racc.*, 1980, p. 2403, punto 46.

⁷⁹⁸ Sentenza Corte europea dei diritti umani *Margareta e Roger Andersson cit.*, par. 75; sentenza del 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, Serie A, n. 82, par. 66.

certo grado di ragionevolezza, nelle circostanze del caso di specie, le possibili conseguenze di un determinato atto⁷⁹⁹. In secondo luogo, la Corte europea dei diritti umani, riecheggiata dai giudici comunitari, ha precisato che l'esistenza di un potere discrezionale in capo all'autorità incaricata di applicare tale norma, non osta a tale esigenza, nella misura in cui *“l'estensione e le modalità di esercizio di un siffatto potere siano definite con sufficiente chiarezza, tenuto conto della legittima finalità in gioco, per fornire all'individuo una tutela adeguata contro l'arbitrio”*⁸⁰⁰. Dette esigenze si applicano anche al settore della concorrenza, pur non essendo materia “penale” in senso stretto⁸⁰¹, in quanto il principio di legalità rientra nei principi generali di diritto, il cui rispetto è garantito nell'ambito del diritto comunitario⁸⁰².

La censura circa l'asserita mancanza di conformità dell'art. 15, par. 2, al principio di legalità si è sviluppata, fondamentalmente, lungo due linee direttrici: una, che ha investito un difetto di competenza della Commissione ed un eccesso di delega del Consiglio; l'altra, più specifica, si è sviluppata su di una serie di articolati motivi, che hanno riguardato il tenore letterale dello stesso art. 15 par. 2 e la conseguente eccessiva discrezionalità della Commissione.

Con riferimento alla prima linea di censure, le imprese hanno evidenziato come, in virtù degli articoli 83 e 85 CE⁸⁰³, la competenza ad emanare regolamenti e/o direttive di applicazione dei principi contenuti negli artt. 81 e 82 CE, spetterebbe unicamente al Consiglio. Il principio di legalità delle pene comporterebbe, poi, un divieto per l'organo legislativo comunitario di delegare alla Commissione il potere di infliggere ammende, in assenza di un sistema sufficientemente determinato⁸⁰⁴. La circostanza che la Commissione disponga di poteri istruttori, accusatori e giudicanti esigerebbe che tale

⁷⁹⁹ Sent. *Degussa cit.*, punto 36.

⁸⁰⁰ *Ibidem*. Cfr. giurisprudenza citata *supra* nota n. 51.

⁸⁰¹ Sulla natura giuridica delle sanzioni antitrust si veda *supra*, capitolo 1.

⁸⁰² Sent. *Jungbunzlauer AG cit.*, punto 46.

⁸⁰³ “1. Senza pregiudizio dell'art. 84, la Commissione vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 81 e 82. Essa istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio e in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine.

2. Qualora non sia posto termine all'infrazione, la Commissione constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata. Essa può pubblicare tale decisione e autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione”.

⁸⁰⁴ Sent. *Degussa, cit.*, punto 40.

accentramento di poteri, di per sé non conforme alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fosse ben delimitato⁸⁰⁵. Il regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 CE dovrebbe, pertanto, definire con precisione la finalità e l'asprezza delle sanzioni e, soprattutto, dovrebbe prevedere un limite non eccessivamente elevato, affinché l'ammenda non acquisti carattere penale. In mancanza di tali requisiti, l'ammenda non sarebbe predeterminata dal Consiglio e quindi dal legislatore, ma unicamente dalla Commissione⁸⁰⁶, in spregio alle norme del Trattato che vorrebbero, invece, che tale potere venisse esercitato dal Consiglio⁸⁰⁷. Il Tribunale ha respinto tale censura rilevando come il potere di infliggere ammende, in realtà, appartenga alla Commissione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 83 e 211 CE, in base ai quali essa ha il compito di vigilare sull'applicazione del diritto comunitario. Il potere di infliggere ammende deriva, dunque, direttamente dalla previsioni del Trattato ed il regolamento n. 17 ha unicamente precisato l'estensione di tale potere, al fine di consentire l'applicazione effettiva dei divieti previsti dagli articoli 81 e 82 CE⁸⁰⁸.

Con riferimento alla seconda linea di censure, le imprese hanno cercato di dimostrare che l'art. 15 par. 2 del regolamento 17 non soddisfa i requisiti di chiarezza e prevedibilità e da ciò deriva una eccessiva discrezionalità della Commissione.

In primo luogo, le imprese hanno posto in rilievo come il regolamento 17 non solo non contiene alcun limite espresso in cifre, ma addirittura conferisce ampia discrezionalità alla Commissione circa la stessa possibilità di comminare ammende⁸⁰⁹. La decisione circa l'*an* ed il *quantum* dell'ammenda

⁸⁰⁵ *Ibidem*, punto 41.

⁸⁰⁶ *Ibidem*. Relativamente alle censure relative a limiti edittali troppo ampi, si *supra* par. 3.

⁸⁰⁷ Nella pronuncia *Degussa cit.*, la ricorrente ha anche sottolineato (punto 41) come il fatto che la Commissione disponga di poteri sia istruttori, sia accusatori, sia giudicanti non risulti conforme alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Tali poteri, pertanto, dovrebbero essere circoscritti attraverso norme chiare ed univoche. Il principio di legalità imporrebbe, poi, la previsione di un limite per le sanzioni, che non dovrebbe essere eccessivamente elevato, al fine di evitare che l'ammenda acquisti carattere penale. Nel caso di ammende illimitate, esse non sarebbero più predeterminate dal Consiglio, bensì imposte dalla Commissione, quale autorità esecutiva.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, punto 87.

⁸⁰⁹ Cfr. sul punto sentenza della Corte del 12 luglio 1979, cause riunite 32/78 e da 36 a 82/78, *BMW Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, 1979, p. 2435, punto 53, in cui la Commissione non aveva ritenuto opportuno sanzionare i concessionari BMW coinvolti nell'infrazione, ma solamente la società produttrice, giustificando tale comportamento sulla base della considerazione che la Commissione godrebbe di un'ampia discrezionalità in materia.

risulterebbero lasciati alla volontà della Commissione e non sarebbero predeterminati dal legislatore, come invece richiederebbe il principio di legalità⁸¹⁰. Nemmeno il limite del 10% del fatturato potrebbe essere inteso come conforme al principio di legalità, poiché darebbe luogo a forbici troppo ampie ed, in definitiva, lascerebbe spazio ad arbitrarietà nella fissazione dell'ammenda⁸¹¹. Anche la finalità deterrente delle sanzioni, di per sé, non sarebbe in grado di giustificare l'assoluta mancanza di tale limite, poiché detto scopo dovrebbe essere conciliato con il principio di legalità⁸¹². I giudici comunitari hanno, invece, affermato la piena compatibilità dell'art. 15 del regolamento n. 17 con il principio di legalità. Pur rilevando la loro incompetenza ad apprezzare la conformità dell'art. 15 par. 2 del regolamento n. 17 con l'art. 7 CEDU, in quanto dette ultime disposizioni non fanno parte del diritto comunitario⁸¹³, il Tribunale ha comunque affermato che *“il principio di legalità delle pene è un corollario del principio della certezza del diritto, che costituisce un principio generale del diritto comunitario ed esige, in particolare, che la normativa comunitaria, in particolare quando impone o consente di imporre sanzioni, sia chiara e precisa, affinché le persone interessate possano essere inequivocabilmente consapevoli dei diritti e obblighi che ne derivano e possano agire in modo adeguato”*⁸¹⁴. I giudici hanno proseguito sottolineando che, al fine di soddisfare i requisiti del principio di legalità, non occorre che i termini delle norme in forza delle quali vengono inflitte sanzioni siano precisi al punto da rendere conoscibili e prevedibili con assoluta certezza le conseguenze di una loro infrazione⁸¹⁵. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti umani, infatti né l'esistenza di termini troppo vaghi, né il conferimento di un certo grado di discrezionalità comportano di per sé una violazione dell'art. 7 CEDU, né tanto meno un affievolimento dell'esigenza di prevedibilità, nella misura in cui l'estensione e le modalità di esercizio di detto potere vengano definite con sufficiente chiarezza⁸¹⁶, al fine

⁸¹⁰ Sent. *Degussa cit.*, punti 43-44.

⁸¹¹ Sent. *Jungbunzlauer cit.*, punto 54.

⁸¹² Sent. *Degussa cit.*, punto 44.

⁸¹³ Sent. *Jungbunzlauer cit.*, punto 78.

⁸¹⁴ Sent. *Degussa cit.*, punto 66;

⁸¹⁵ Sent. *Degussa cit.*, punto 71. I giudici hanno anche osservato come anche le normative nazionali degli Stati membri relative alle sanzioni antitrust siano di tenore analogo a quelle comunitarie (sent. *Degussa, cit.*, punto 73).

⁸¹⁶ Sent. Corte europea dei diritti umani *Margareta cit.*, punto 75.

di evitare che l'esercizio di detto potere non ricada nell'arbitrio⁸¹⁷. Oltre al testo della legge, occorre anche tenere conto della possibilità che l'eventuale utilizzo di nozioni indeterminate sia stato oggetto di interpretazione giurisprudenziale chiarificatrice⁸¹⁸. L'art. 15 par. 2 del regolamento n. 17 e la sua prassi applicativa soddisfano in pieno tali requisiti. Da un lato, le sanzioni previste costituiscono uno strumento fondamentale per la Commissione al fine svolgere il suo compito istituzionale di garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune. Dall'altro, la norma in esame contiene dei limiti, posto che la Commissione può comminare sanzioni che vanno da un minimo di 1.000 euro fino al 10% del fatturato globale di un'impresa⁸¹⁹: anche se *“non esiste un limite assoluto applicabile a tutte le infrazioni alle regole della concorrenza, l'ammenda irrogabile ha tuttavia un limite in cifre espresso in assoluto, calcolato per ciascuna impresa e per ogni singolo caso di infrazione, in modo che l'importo massimo dell'ammenda irrogabile ad una determinata impresa sia predeterminabile”*⁸²⁰. Inoltre, al fine di evitare una eccessiva rigidità normativa e permettere l'adattamento delle norme alle circostanze concrete, deve necessariamente accettarsi un certo grado di imprevedibilità sul *quantum* della sanzione⁸²¹. La Commissione, poi, non dispone di un potere discrezionale relativo alla possibilità di comminare o meno una sanzione, poiché deve rispettare le regole che essa stessa si è data, come gli Orientamenti, e i principi generali del diritto comunitario, come la proporzionalità, la parità di trattamento, il principio dell'effetto utile degli artt. 81 e 82 CE ed il principio della libera concorrenza⁸²².

In secondo luogo, la censura ha investito anche la mancanza di criteri stabiliti dal legislatore per la determinazione della sanzione, al di fuori della gravità e durata⁸²³. Questi elementi non sarebbero in grado di delimitare la discrezionalità della Commissione poiché, da un lato, essa non sarebbe vincolata a prendere in considerazione alcun elenco vincolante o esauriente di

⁸¹⁷ Sent. *Jungbunzlauer AG, cit.*, punto 80.

⁸¹⁸ Sentenza Corte europea dei diritti umani del 27 settembre 1995, G c. Francia, Serie A, n. 325-B, par. 25.

⁸¹⁹ Nell'art. 23 del regolamento n. 1/2003 è stato eliminato il riferimento ad un limite minimo.

⁸²⁰ Sent. *Degussa cit.*, punto 75.

⁸²¹ Sent. *Jungbunzlauer AG, cit.*, punto 84.

⁸²² Sent. *Degussa cit.*, punto 78.

⁸²³ *Ibidem*, punto 45.

criteri⁸²⁴ e, dall'altro, la Commissione può tenere conto di numerose circostanze aggravanti ed attenuanti. Nemmeno il principio della parità di trattamento sarebbe in grado di sopperire a tali mancanze, poiché secondo giurisprudenza costante, la Commissione non è tenuta ad assicurare che gli importi finali delle ammende rendano conto di ogni differenza tra le imprese in ordine al loro fatturato⁸²⁵. La prassi della Commissione confermerebbe questo assunto, in quanto è caratterizzata da una notevole diversità del *quantum* delle ammende imposte⁸²⁶. Il Tribunale ha respinto anche questa censura. In particolare, ha confermato la piena legittimità dei criteri della gravità e durata, poiché il potere discrezionale della Commissione è comunque sottoposto sia ai principi di proporzionalità e parità di trattamento, sia al sindacato di piena giurisdizione dei giudici comunitari⁸²⁷. I criteri sopra menzionati sono stati sviluppati e precisati dalla prassi della Commissione, che è nota e accessibile. Anche se detta prassi non funge da contesto normativo, la Commissione vi è vincolata in virtù del principio di parità di trattamento⁸²⁸. L'istituzione comunitaria, poi, può innalzare in ogni momento il livello delle ammende qualora l'efficace applicazione delle regole comunitarie della concorrenza lo richieda⁸²⁹ e ciò risulta pienamente lecito nella misura in cui rimanga entro i limiti previsti dall'art. 15 e sia giustificato dall'obiettivo di prevenzione generale delle infrazioni⁸³⁰.

In terzo luogo, le imprese hanno ritenuto che la vaghezza del sistema così previsto non possa trovare una giustificazione nella finalità deterrente, in base alla quale l'importo della sanzione non deve essere predeterminabile con esattezza⁸³¹, per evitare che le imprese possano effettuare dettagliate analisi costi-benefici e comportarsi di conseguenza. Le imprese risulterebbero meglio dissuase se fossero poste nella situazione di poter calcolare, seppure in maniera approssimativa, le potenziali conseguenze del loro comportamento.

⁸²⁴ Sentenza della Corte del 25 marzo 1996, *SPO* e a. c. Commissione, causa C-137/95P, in *Racc.*, I-1611, punto 54; Sentenza della Corte del 17 luglio 1997, *Ferriere Nord* c. Commissione, causa C-219/95P, in *Racc.*, p.I-4411, punto 33.

⁸²⁵ Sent. *Degussa cit.*, punto 46; sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *LR AF 1998* c. Commissione, causa T-23/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1705, punto 278.

⁸²⁶ *Ibidem*, punto 48.

⁸²⁷ *Ibidem*, punto 79.

⁸²⁸ Sent. *Degussa cit.*, punto 80.

⁸²⁹ Sent. *Musique Diffusion Française*, punto 58.

⁸³⁰ Sent. *Degussa cit.*, punto 81.

⁸³¹ Sent. *Degussa cit.*, punto 49; sent. *Jungbunzlauer cit.*, punto 56.

Nemmeno gli Orientamenti sarebbero, del resto, sufficienti a sopperire a tali carenze, poiché essi non sono un atto giuridico ai sensi dell'art. 249 CE e vincolano unicamente la Commissione⁸³².

Il Tribunale ha invece ribadito come gli Orientamenti, pur non costituendo la base giuridica della decisione, accrescano la trasparenza e le certezze del diritto per le imprese e consistano in un autolimito per la stessa Commissione, la quale non può discostarsi da tali norme *“pena un violazione, eventualmente, a titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento”*⁸³³. La loro adozione, rimanendo nei limiti di cui all'art. 15, non risulta viziata da incompetenza. Tenuto conto di tutti questi elementi *“un operatore accorto può, eventualmente ricorrendo ad un legale, prevedere in modo sufficientemente preciso il metodo di calcolo e l'ordine di grandezza delle ammende in cui egli incorre per un determinato comportamento. Il fatto che detto operatore non possa in anticipo conoscere con previsione l'entità delle ammende che la Commissione comminerà in ogni singolo caso non può costituire una violazione del principio di legalità delle pene, tenuto conto del fatto che in ragione della gravità delle infrazioni che la Commissione è chiamata a sanzionare, gli obiettivi di repressione e dissuasione giustificano la volontà di evitare che le imprese siano in grado di valutare i benefici che godrebbero dalla loro partecipazione ad un'infrazione, tenendo conto, a monte, dell'importo che sarebbe loro inflitto a causa di tale comportamento illecito”*⁸³⁴.

L'obbligo di motivazione che incombe in capo alla Commissione ex art. 253 CE, poi, consente di conoscere in modo chiaro il suo modo di ragionare e quindi capire le giustificazioni del provvedimento.

I giudici comunitari hanno così risolto l'eccezione di illegittimità e della conformità del regolamento 17 al principio di legalità delle pene. In realtà, ci pare che il ragionamento del Tribunale non sia immune da censure, soprattutto nella misura in cui ha ritenuto, da un lato, che la prassi amministrativa della Commissione non è vincolante e, dall'altro, che in virtù del principio di parità di trattamento essa non possa trattare in maniera differente situazioni uguali e viceversa. Tale ragionamento appare una

⁸³² Sent. *Degussa cit.*, punto 50; sent. *Jungbunzlauer cit.*, punto 55.

⁸³³ Sent. *Degussa cit.*, punto 82.

⁸³⁴ Sentenza *Degussa cit.*, punto 83.

contraddizioni in termini, poiché, come meglio si vedrà nei prossimi paragrafi, risulta facile per la Commissione basarsi su asseriti elementi di differenziazione per mutamenti della propria prassi decisionale, addirittura con effetti retroattivi. L'art. 15 del regolamento n. 17, e oggi l'art. 23 del regolamento n. 1/2003 di tenore del tutto analogo, effettivamente potrebbero dirsi conformi al principio di legalità delle pene, ma a patto che il potere decisionale della Commissione e quindi, in ultima analisi, la sua discrezionalità, venisse imbrigliata in maglie legislative più stringenti. Oggi, la sua discrezionalità, trova un limite solamente negli Orientamenti, strumenti giuridici formalmente non vincolanti, che essa stessa si è data e che non sempre vengono rispettati.

8. Principio di legalità e prassi sanzionatoria della Commissione anteriore all'emanazione degli Orientamenti

La prassi decisionale in materia di sanzioni della Commissione anteriore all'emanazione degli Orientamenti, è stata spesso oggetto di critiche⁸³⁵, soprattutto con riferimento alla mancanza di trasparenza nell'esposizione della metodologia utilizzata per raggiungere l'importo dell'ammenda comminata⁸³⁶. L'art. 15 del regolamento n. 17, come già osservato, si limita ad indicare quali parametri per la quantificazione dell'ammenda, solamente la gravità e la durata di una infrazione, senza fornire alcun ausilio per la determinazione dell'importo di base e ponendo come unico limite il 10% del fatturato delle imprese⁸³⁷. Prima della pubblicazione degli Orientamenti, la Commissione elencava nelle proprie decisioni numerosi fattori presi in considerazione nella fissazione dell'ammontare dell'ammenda, senza che però fosse possibile comprendere la rilevanza ed il peso specifico di ciascuno di essi nella determinazione dell'importo finale⁸³⁸. Seppure la

⁸³⁵ W.P.J.WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: A Study in Law and Economics*, London, 2001, p. 31.

⁸³⁶ Per ampi riferimenti, si veda I VAN BAEL, *Fining à la carte: The Lottery of EU Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 237 e ss..

⁸³⁷ Nella pronuncia *Musique Diffusion Française cit.*, punto 119, la Corte ha precisato come il fatturato da prendere in considerazione per il limite del 10% fosse quello globale e non solo quello relativo al mercato rilevante.

⁸³⁸ I. VAN BAEL, *op. cit.*, p. 230; D. GERARDIN – D. HENRY, *The EC fining policy for violation of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community court's judgment*, in *GCLC Working Paper*, 03/05, p. 7

Commissione abbia sempre cercato di trovare giustificazioni⁸³⁹ alle proprie decisioni, sul piano del rispetto del principio di proporzionalità e parità di trattamento, commisurando le sanzioni alle specificità dei casi esaminati⁸⁴⁰, ciò non è risultato sufficiente ad impedire una certa incoerenza nella fissazione delle sanzioni⁸⁴¹ che coinvolgevano casi analoghi⁸⁴². Tale prassi opaca della Commissione ha spesso trovato giustificazioni sul piano del segreto commerciale per il quale non le risultava possibile rivelare la base di fatturato utilizzata per la commisurazione del calcolo dell'ammenda⁸⁴³. Inoltre, essa è risultata avallata dai giudici comunitari, che si sono limitati a fornire istruzioni metodologiche di massima⁸⁴⁴. In particolare, la Corte, in quella che poi diverrà quasi una clausola di stile, ha affermato che *“per valutare la gravità di un’infrazione, si deve tener conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa; tra questi fattori possono rientrare, a seconda dei casi, il volume ed il valore delle merci oggetto della trasgressione nonché le dimensioni e la potenza economica dell’impresa e, quindi, l’influenza che questa ha potuto esercitare sul mercato”*⁸⁴⁵.

Le imprese coinvolte in illeciti concorrenziali hanno mosso censure a tale atteggiamento della Commissione: ad avviso dei giudici comunitari, però, non sussisteva alcun obbligo per la Commissione di indicare nel corso del procedimento amministrativo i criteri in base ai quali essa intendeva infliggere le ammende⁸⁴⁶.

Relativamente all’opportunità di addivenire ad una maggiore tassatività

⁸³⁹ I. VAN BAEL, *op. cit.*, p. 238; D. GERARDIN – D. HENRY, *op. cit.*, p. 7 *“the fining procedure resembled a lottery with random figures simply magically appearing at the end of the decision”*.

⁸⁴⁰ R. RICHARDSON, *Guidance without Guidance – A European revolution in Fining Policy? The Commission’s New Guidelines on Fines*, in *ECLR*, 1999, p. 33 e ss..

⁸⁴¹ *Ibidem*. D. GERARDIN – D. HENRY, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁴² *Ibidem*. L’A. citato evidenzia come ad esempio in due casi che coinvolgevano la stessa tipologia di merci e la stessa tipologia di illecito anticoncorrenziale (cfr. caso *Pioneer Hi-Fi Equipment*, in *GU* 1980, L 60, p. 21 e *National Panasonic*, in *GU* 1982, L 354, p. 28) siano state comminate ammende notevolmente differenti: in un caso 6.950.000,00 unità di conto e nell’altro 450.000,00.

⁸⁴³ Si veda sul punto D. GERARDIN – D. HENRY, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁴⁴ W.P.J.WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: A Study in Law and Economics*, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁴⁵ Sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *SA Musique Diffusion Française* e a. c. Commissione, cause riunite da 100 a 103/80, in *Racc.*, 1983, p. 1825, punto 120.

⁸⁴⁶ Sentenza della Corte dell’8 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin* c. Commissione, in *Racc.*, 1983, p. 3462, punti 17-21.

nel settore delle ammende, si è assistito ad una evoluzione. L'Avvocato Generale *Vesterdorf*, affrontando direttamente la questione, nelle conclusioni rese nella causa⁸⁴⁷ *Rhône-Poulenc SA*, ha giudicato il sistema all'epoca vigente pienamente lecito. I soggetti coinvolti nell'illecito avevano censurato il *modus operandi* della Commissione, in quanto, seppure essa provvedeva ad un'elencazione dei fattori presi in considerazione per la determinazione dell'importo dell'ammenda (quali la funzione svolta da ciascuna impresa, la durata; le vendite effettuate da ciascuna impresa all'interno della Comunità; il fatturato globale), non era dato sapere il peso di ciascun elemento nell'effettiva commisurazione della sanzione. L'Avvocato Generale ha sottolineato come alcuni dei fattori elencati non fossero facilmente quantificabili e pertanto la decisione avrebbe dovuto necessariamente essere discrezionale. Egli ha inoltre ribadito l'inopportunità di una determinazione tassativa⁸⁴⁸ delle ammende nel settore della concorrenza, poiché si era in presenza di un ambito in cui “*considerazioni relative ai vantaggi e agli eventuali inconvenienti di carattere economico che possano derivare da una progettata infrazione hanno indubbiamente un peso notevole quando l'impresa debba decidere se commettere l'infrazione o astenersene*”⁸⁴⁹. L'Avvocato Generale, da un lato, ha riconosciuto la difficoltà di controllare l'operato della Commissione nella misura in cui non si conosca esattamente il peso relativo attribuito dalla Commissione stessa ai vari fattori. Dall'altro, ha affermato come nel settore della concorrenza debba esistere per la Commissione “*ampia libertà di fissare le ammende in base ad una valutazione discrezionale di tutte le circostanze*” e che pertanto il problema del controllo a posteriori non avrebbe dovuto porsi diversamente che in altri settori in cui

⁸⁴⁷ Rese il 10 luglio 1991 nella causa T-1/89, in *Racc.*, 1991, p.II-869.

⁸⁴⁸ A tal proposito è stato osservato (I. VAN BAELE, *op. cit.*, p. 237) come tale atteggiamento della Commissione paresse trovare una giustificazione sul piano della deterrenza, che aveva potuto condurre la Commissione “*to favour an ad hoc approach instead of following a more predictable fining policy*”.

⁸⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale *Vesterdorf*, p. II. 1027. In realtà, questa opinione non appare del tutto condivisibile: vi è, infatti, chi da un lato ritiene che certezze maggiori comportino il rischio di maggiori infrazioni poiché permettere alle imprese di effettuare accurati calcoli analisi-benefici per decidere se commettere o meno l'infrazione; dall'altro vi è chi ritiene (RICHARDSON, *op. cit.*, p. 376) che se le imprese sono poste in grado di effettuare con maggiore dettaglio un'analisi costi benefici, si asterranno dal commettere l'infrazione. L'incertezza dunque, condurrebbe ad un aumento degli illeciti. Inoltre, in una situazione di incertezza verrebbe anche meno l'argomento relativo alla deterrenza, in quanto non si potrebbe indurre un'impresa a comportarsi secondo la legge, sotto la minaccia di sanzioni se non questa poi non è in grado di conoscere quale sanzione le potrebbe essere applicata.

l'amministrazione gode di un potere discrezionale. Secondo tale opinione, dunque, il sistema così delineato risultava conforme al principio di tassatività⁸⁵⁰, nella misura in cui era previsto il successivo controllo, anche di merito, dei giudici. Tale impostazione è stata confermata anche dalla giurisprudenza successiva⁸⁵¹, in cui si è ribadito il riconoscimento del margine discrezionale della Commissione, alla quale non può essere imposto di applicare una precisa formula matematica per il calcolo delle ammende.

Nel corso degli anni, poi, la prassi decisionale della Commissione si è andata affinando e questa ha provveduto ad un brusco innalzamento del livello delle sanzioni. In passato, pareva infatti che la Commissione si fosse basata su una percentuale pari al 2-4%⁸⁵² del fatturato rilevante nell'ambito geografico

⁸⁵⁰ Con riferimento al sistema italiano, per molti versi analogo a quello comunitario, merita osservarsi che l'art. 31 della l. 287/90 (relativa alla normativa sulla concorrenza) richiama l'applicabilità delle norme contenute nella l. 689/81 relativa agli illeciti amministrativi. Ci si è pertanto domandati se le risultassero applicabili anche al settore della concorrenza le previsioni dell'art. 11 della l. 689/81 il quale prevede che "nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione di sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la sua eliminazione o attenuazione delle conseguenze economiche della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche". In materia si è venuto a creare un contrasto giurisprudenziale. Infatti, il TAR Lazio con la pronuncia 1157/93 ha ritenuto applicabile tale articolo in sede di commisurazione delle sanzioni antitrust a fini integratori di quanto stabilito nell'art. 15 della legge 287/90. La Corte di Cassazione, invece, pronunciata in sede di regolamento di giurisdizione, con la sentenza 52/94 ha escluso *incidenter tantum* l'operativa dell'articolo in esame, sulla base del presupposto che ci si trova di fronte ad un vero e proprio provvedimento amministrativo, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali dell'Autorità. La dottrina (P. FATTORI – M. DE VITA, *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, in *Temi e problemi*, 1996, p. 27, reperibile sul sito www.agcm.it.) ha rilevato come sul piano pratico il conflitto di giudicati tenda a in realtà a stemperarsi in quanto l'Autorità, nella commisurazione della sanzione, dovrà comunque tener conto di criteri in larga parte coincidenti con quelli previsti nell'art. 11 della l. 689/81. In particolare, in riferimento alla gravità dell'infrazione, l'Autorità già utilizza criteri analoghi a quelli dell'art. 11, come l'elemento psicologico. Sul punto si veda anche P. FATTORI, *I poteri dell'Autorità garante in materia di intese ed abuso di posizione dominante: diffide e sanzioni*, in *Riv. it. dir. pub. comunit.*, 1997, p. 877 e ss..

⁸⁵¹ Sentenza *Martinelli cit.* punto 59.

⁸⁵² D. GERARDIN – D. HENRY, *op. cit.*, p. 5. A proposito del fatturato, l'Avvocato Generale Mayras nelle sue conclusioni rese nel caso *Miller*, causa 19/77, in *Racc.*, 1978, p. 131 ha rilevato come "*the Commission's discretion for the amount of a fine may be taken to lie in the range between 0 and 10 per cent of the turnover of the undertaking concerned. (...) Accordingly, a fine of 10 per cent of turnover may be taken to be appropriate to an intentional infringement of the gravest kind and of considerable duration. At the other end of the scale, a fine of less than 1 per cent is appropriate for a merely negligent infringement, of the most trivial kind and continuing only for a short time*". La presa in considerazione del fatturato è stata oggetto di critiche dal punto di vista dell'analisi economica del diritto in quanto non rispecchierebbe né il guadagno (che è dato dalla percentuale di aumento del prezzo dovuto al comportamento anticoncorrenziale) né il pregiudizio subito dalla società. Per ampi riferimenti

comunitario, percentuale da molti⁸⁵³ ritenuta inadeguata a fornire un sufficiente effetto deterrente. La Commissione ha pertanto cominciato ad applicare ammende notevolmente più onerose, soprattutto nel caso di infrazioni per le quali esisteva una giurisprudenza consolidata in materia⁸⁵⁴, o ritenute particolarmente gravi, proprio in quanto essa riteneva che gli importi fino ad allora applicati non avessero avuto un sufficiente effetto dissuasivo. Tale mutamento ha inevitabilmente innescato una serie di critiche da parte delle imprese coinvolte in illeciti antitrust, sia sotto il profilo della non conformità al principio del legittimo affidamento, sia sotto il profilo dell'applicazione retroattiva di pene più severe. La Corte, confermando la nuova prassi della Commissione, si è limitata ad affermare che *“il fatto che la Commissione abbia inflitto, in passato, ammende di una certa entità per determinati tipi di infrazione, non può impedirle di aumentare tale entità entro i limiti stabiliti dal regolamento n. 17, se ciò è necessario per garantire l'attuazione della politica comunitaria della concorrenza. Al contrario, l'efficace applicazione delle norme della concorrenza implica che la Commissione possa sempre adeguare il livello delle ammende alle esigenze di questa politica”*⁸⁵⁵. La Commissione gode, infatti, di un certo margine discrezionale nella fissazione dell'importo delle ammende, proprio perché deve orientare il comportamento delle imprese⁸⁵⁶ e pertanto la propria prassi antecedente non può avere valore vincolante⁸⁵⁷. Ciò in quanto, in base ad una

si veda W. P. J. WILS, *The Commission's new method for Calculating Fines in Antitrust Cases*, ECLR, 1998, p. 255.

⁸⁵³ W. P. J. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: A Study in Law and Economics*, op. cit., p. 33. L'A. citato ha anche sottolineato come utilizzare quale base di partenza per la sanzione una percentuale del fatturato rilevante non corrisponde, secondo l'analisi economica del diritto, ad una metodologia corretta. Il fatturato relativo ai prodotti interessati all'infrazione potrebbe infatti essere visto come una somma approssimativa del pregiudizio subito dalla società per l'infrazione, che teoricamente è la corretta base per l'importo iniziale della sanzione. Le sanzioni possono infatti basarsi su una percentuale del guadagno dell'impresa oppure da una percentuale. Ad esempio, in un cartello relativo alla fissazione dei prezzi, uno dei componenti del pregiudizio alla società è dato dall'aumento del prezzo moltiplicato per il numero dei prodotti venduti. Prendendo come base di partenza per la fissazione dell'ammenda il fatturato, ossia il prezzo per il numero di prodotti venduti, non si tiene in considerazione l'elemento fondamentale del pregiudizio, ossia l'incremento di prezzo.

⁸⁵⁴ Cfr. conclusioni Avvocato Generale Vesterdorf rese il 10 luglio 1991, nella causa T-1/89, *Rhône-Poulenc SA*, in *Racc.*, 1991, p. II-869.

⁸⁵⁵ Sentenza *Musique Diffusion Française*, cit., punto 109.

⁸⁵⁶ Sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995, causa T-150/89, *G.M. Martinelli c. Commissione*, in *Racc.*, 1995, p. II-1165, punto 59.

⁸⁵⁷ Sentenza della *BMW Belgio* cit., punto 53. Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft MbH c. Commissione*, causa T- 347/97, in *Racc.*, 1998, p. II-

giurisprudenza consolidata “*gli operatori economici non possono fare affidamento sulla conservazione di una situazione in atto che può essere modificata nell’ambito del potere discrezionale delle istituzioni comunitarie*”⁸⁵⁸.

Le imprese hanno comunque continuato a sollevare obiezioni circa le modalità sanzionatorie della Commissione che, data la loro mancanza di trasparenza, non risultavano prevedibili. Le imprese hanno più volte rilevato⁸⁵⁹ come l’unico modo per obbligare la Commissione a dare conto della modalità di calcolo consistesse in un ricorso giurisdizionale. Solo in quel caso, infatti, l’istituzione comunitaria forniva spiegazioni dettagliate sulle motivazioni che l’avevano indotta ad addivenire ad una certa somma. Il Tribunale, chiamato a decidere sulla legittimità o meno di tale prassi della Commissione, pur ribadendo⁸⁶⁰ l’assenza di obblighi per la Commissione di rendere edotti gli interessati delle modalità di calcolo che intende adottare, ha, *incidenter tantum*, e capovolgendo quanto fino ad allora affermato, sottolineato l’auspicabilità per le imprese, al fine di consentire loro di decidere con piena cognizione di causa in merito al proprio atteggiamento, di essere “*poste in grado di conoscere in dettaglio, mediante qualunque sistema che la Commissione ritenga opportuno, il metodo di calcolo dell’ammenda loro inflitta, senza che, a tal fine, esse debbano proporre ricorso giurisdizionale contro la decisione della Commissione – il che sarebbe in contrasto con il principio di sana amministrazione*”⁸⁶¹.

1751, punto 259 “*occorre rilevare, in primo luogo, nel valutare l’entità generale delle ammende, la Commissione possa tener conto del fatto che le violazioni manifeste delle regole comunitarie della concorrenza sono ancora relativamente frequenti e, pertanto, essa abbi la facoltà di elevare l’entità delle ammende al fine di rinforzare il loro effetto di dissuasione. Di conseguenza, il fatto che la Commissione abbia inflitto, nel passato, ammende di una determinata entità per taluni tipi di infrazione non può privarla della possibilità di elevare questo livello se ciò si rivela necessario per assicurare l’attuazione della politica comunitaria della concorrenza*”.

⁸⁵⁸ Cfr. sentenza della Corte del 15 luglio 1982, *Edeka*, causa 245/81, in *Racc.*, 1982, p. 2745, punto 27; sentenza della Corte del 14 febbraio 1990, *Delacre e a. c.* Commissione, causa C-250/88, in *Racc.*, 1990, p.I-395, punto 33; sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, causa T-23/99, *LR AF 1998 a/s c.* Commissione, in *Racc.*, p.II-1705, punto 241.

⁸⁵⁹ Sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995, *Trefilunion SA c.* Commissione, causa T-148/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1063, punto 135. In dottrina si veda J. M. JOUSHA – P. D. CAMESASCA, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁶⁰ Sentenza *Trefilunion*, *cit.*, punto 141.

⁸⁶¹ *Ibidem*. In senso conforme sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995, *Societe Metallurgique de Normandie c.* Commissione, causa T-147/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1057; sentenza del Tribunale del 6 aprile 2005, *Societe des Treillis et Panneaux Soudes c.* Commissione, causa T-151/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1191; sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *NV*

La stessa Commissione nella *XXI Relazione annuale sulla concorrenza* ha riconosciuto l'opportunità di migliorare la trasparenza della sua politica di concorrenza, evitando però di menzionare esplicitamente il settore delle ammende. Varie voci⁸⁶² si erano però levate in favore di una maggiore trasparenza nella politica delle ammende della Commissione oltre agli "inviti" del Tribunale.

9. Orientamenti della Commissione del 1998 per il calcolo delle ammende

La Commissione nel 1998 ha pertanto provveduto alla pubblicazione degli *"Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA"*⁸⁶³. Il fine⁸⁶⁴ di tali Orientamenti, a detta della Commissione, avrebbe dovuto consistere nell'assicurare *"la trasparenza ed il carattere obiettivo delle decisioni della Commissione, di fronte sia alle imprese che alla Corte di giustizia, ponendo l'accento, nel contempo, sul margine discrezionale lasciato dal legislatore alla Commissione nella fissazione delle ammende, entro il limite del 10% del volume d'affari globale delle imprese. La Commissione intende tuttavia inquadrare tale margine in una linea politica coerente e non discriminatoria, che sia funzionale agli obiettivi perseguiti con la repressione delle infrazioni alle regole della concorrenza"*. In realtà, alle luce di quanto si dirà in seguito, non pare che gli Orientamenti abbiano contribuito a rendere la prassi della Commissione più chiara e trasparente, soprattutto in termini di prevedibilità. Inoltre, in data 28 giugno 2006, la Commissione ha emanato nuovi *"Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23 paragrafo 2, lett. a) del*

Koninklijke KNP BT c. Commissione, causa T-309/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1007, punto 74; in senso meno decisione sentenza della Corte del 16 novembre 2000, *NV Koninklijke KNP BT c. Commissione*, causa C-248/98, in *Racc.*, 2000, p. I-9641, punti 40-48.

⁸⁶² I. VAN BAEL, p. 243 in cui si è evidenziato che *"the Commission's fining policy needs to become more transparent, otherwise the Commission is offering on a silver plate one more argument to the advocates in favour of a new EU cartel authority, independent from political pressures"*.

⁸⁶³ In *GU* del 14.1.1998, C 9, pp. 3 e ss..

⁸⁶⁴ La ricerca di una maggiore trasparenza in realtà era già iniziata nel 1996 con la prima comunicazione sulla riduzione delle ammende in caso di cooperazione, poi sostituita nel 2002 da una nuova comunicazione.

*regolamento (CE) n. 1/2003*⁸⁶⁵ che paiono, ad una prima lettura dare conto di alcuni cambiamenti intervenuti nella prassi della Commissione. Solo attraverso la loro concreta applicazione sarà possibile verificare se essi contribuiscano alla chiarezza, trasparenza e prevedibilità dell'apparato sanzionatorio antitrust comunitario.

Si procederà pertanto ad un'analisi delle prescrizioni contenute negli Orientamenti, per poi dare conto delle censure mosse da numerose imprese e relative ad una asserita illegittimità degli Orientamenti e alla loro applicazione retroattiva.

10. Contenuto degli Orientamenti

Gli Orientamenti del 1998 hanno completamente modificato l'approccio seguito fino ad allora. La procedura ivi stabilita risulta ancora applicabile per tutti i procedimenti in corso, in quanto i nuovi Orientamenti si applicheranno solamente per i casi iniziati dopo la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Come accennato in precedenza, la metodologia indicata consiste in quattro fasi e nell'individuazione di un importo di base, calcolato in maniera forfetaria, al quale si applicano poi maggiorazioni o riduzioni in presenza di circostanze aggravanti o attenuanti.

L'importo di base viene calcolato in funzione della gravità e durata dell'infrazione, ossia i criteri indicati nell'art. 15 del regolamento n. 17.

Al fine di valutare la gravità dell'infrazione, gli Orientamenti stabiliscono che debba essere presa in considerazione *“la natura, l'impatto concreto sul mercato, quando sia misurabile, e l'estensione del mercato geografico rilevante”*. Le infrazioni vengono poi suddivise in tre categorie, a ciascuna delle quali corrisponde un determinato importo di partenza: per quelle poco gravi (come ad esempio restrizioni verticali, intese con impatto circoscritto sul mercato) viene prevista una base da 1.000 a 1 milione di ECU; per quelle gravi (intese orizzontali o verticali ma applicate in maniera più restrittiva, il cui impatto sul mercato sia vasto, abuso di posizione dominante) la cornice edittale varia da un 1 milione a 20 milione di ECU; per quelle molto gravi (intese orizzontali, quali cartelli di prezzi e ripartizione di mercati, compartimentazione dei mercati nazionali, abusi incontestabili di posizione

⁸⁶⁵ In *GU* del 1° settembre 2006, C 210 p. 2 e ss..

dominante da parte di imprese in posizione di quasi –monopolio) viene prevista una base superiore a 20 milioni di ECU.

Secondo quanto stabilito negli Orientamenti, la forcella di sanzioni prevista dovrebbe consentire una differenziazione del trattamento delle imprese in relazione alla natura delle infrazione commesse⁸⁶⁶ e permettere che le ammende vengano fissate ad un livello sufficientemente dissuasivo. La forfetizzazione degli importi di base è stata valutata con favore⁸⁶⁷, in quanto maggiormente in linea con la giurisprudenza dei giudici comunitari relativa alla necessità di prendere in considerazione numerosi fattori. Utilizzare come base di partenza una percentuale di fatturato significa, infatti, affrontare numerose complesse questioni, ossia l'identificazione del mercato rilevante e, successivamente, il fatturato di riferimento.

Gli Orientamenti prevedono, nel caso di coinvolgimento di più imprese nella medesima infrazione, la possibilità di ponderare gli importi in ciascuna delle categorie, al fine di tenere conto del peso specifico e, conseguentemente, dell'impatto reale sulla concorrenza del comportamento incriminato di ciascuna impresa, soprattutto quanto esiste una disparità notevole nelle dimensioni delle diverse imprese coinvolte⁸⁶⁸. Viene così legittimata la possibilità di differenziare la sanzione a parità di illecito commesso, senza necessità che la differenziazione derivi da un calcolo rigorosamente aritmetico.

Una volta stabilito l'importo di base, esso deve essere commisurato alla durata. Secondo gli Orientamenti, le infrazioni dovrebbero essere distinte tra quelle di breve durata, ossia inferiori ad un anno, per le quali non viene prevista alcuna maggiorazione; di media durata, cioè da 1 a 5 anni e per le quali è prevista una maggiorazione fino al 50% dell'ammenda applicabile in funzione della gravità; di lunga durata, ossia per periodi superiore a 5 anni, per le quali viene prevista una maggiorazione del 10% dell'importo di base per ogni anno dell'infrazione.

⁸⁶⁶ Gli Orientamenti stabiliscono anche che in linea di massima si potrà tenere conto del fatto che *“le imprese di grandi dimensioni dispongono quasi sempre di conoscenze e di infrastrutture giuridico-economiche che consentono loro di essere maggiormente consapevoli del carattere di infrazione del loro comportamento e delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo della concorrenza”*.

⁸⁶⁷ W.P.J.WILS, *The Commission's New Method for Calculation of Fines in Antitrust Cases*, in *European Law Review*, 1998, p 252 e ss..

⁸⁶⁸ Sulla pratica del *grouping* cfr. capitolo 3.

Gli aumenti in rapporto alla durata trovano una giustificazione nel fatto che le infrazioni di lunga durata devono essere sanzionate più severamente, poiché possono avere creato danni maggiori per i consumatori.

L'importo di base consiste, quindi, nella somma calcolata in base alla gravità sommata a quella relativa alla durata.

Il secondo passaggio di questa metodologia consiste nell'effettuare maggiorazioni o diminuzioni in relazione alla presenza di circostanze aggravanti o attenuanti⁸⁶⁹, elencati in via esemplificativa. Tra le circostanze aggravanti, la Commissione ha indicato la recidiva per la medesima impresa e per infrazioni del medesimo tipo, il rifiuto di qualsivoglia cooperazione o tentativi di ostruzionismo durante l'inchiesta, il ruolo di leader o di istigatore, la messa in opera di misure di ritorsione nei confronti delle altre imprese per far rispettare le pratiche configuranti l'infrazione ed infine viene prevista la possibilità di maggiorazioni per superare gli utili derivanti dall'infrazione nella misura in cui questi siano misurabili. Tra le circostanze attenuanti vengono menzionati il ruolo passivo o emulativo, la non applicazione della pratica abusiva, l'esistenza di un dubbio ragionevole circa il carattere di infrazione del comportamento restrittivo della concorrenza, infrazioni commesse per negligenza e non intenzionalmente, una collaborazione effettiva durante l'inchiesta, al di fuori dell'ambito di applicazione della Comunicazione sulla non applicazione delle ammende.

Il terzo passaggio consiste nell'eventuale applicazione, nella misura in cui ne ricorrano i presupposti, della Comunicazione sulla non applicazione delle ammende.

Infine, il quarto passaggio consiste nell'effettuare aggiustamenti verso l'alto o verso il basso a seconda di talune circostanze, quali il contesto economico specifico, il vantaggio economico o finanziario realizzato dagli autori dell'infrazione, le caratteristiche delle imprese in questione, la reale capacità contributiva delle imprese.

In alcuni casi, poi, la Commissione può infliggere un'ammenda meramente simbolica accompagnata da adeguata motivazione.

In ogni caso l'ammenda non potrà superare il 10% del volume d'affari mondiale delle imprese relativo all'esercizio precedente all'anno della decisione o nel caso in cui tale dato non sia disponibile, l'esercizio

⁸⁶⁹ Su tale argomento si rinvia al capitolo 3.

immediatamente anteriore.

11. Censure relative alla supposta illegittimità degli Orientamenti

Gli Orientamenti sono stati oggetto di censure sotto numerosi profili. In primo luogo, le imprese hanno tentato di far valere la loro stessa illegittimità per incompetenza della Commissione.

Il caso “*tubi preisolati*” può essere considerato come il *leading case* in materia, poiché sia in primo grado sia in sede di impugnazione dinanzi alla Corte, sono state trattate e chiarite in modo esteso numerose questioni relative agli Orientamenti.

Secondo le imprese coinvolte in questa infrazione, la Commissione con l'adozione degli orientamenti si sarebbe discostata dal quadro giuridico previsto per le ammende dall'art. 15.2 del regolamento n. 17. In particolare, è stato eccepito che la fissazione di importi di base così elevati avesse privato la Commissione del potere discrezionale conferitole dal regolamento in questione. Con gli Orientamenti, dunque, la Commissione avrebbe modificato il diritto vigente senza essere abilitata in tal senso dal Consiglio⁸⁷⁰. Le questioni relative alla supposta illegittimità degli Orientamenti hanno pertanto riguardato in primo luogo la stessa possibilità dell'eccezione di illegittimità degli Orientamenti, strumento giuridico di *soft law*; in secondo luogo, il fatto che essi si situassero al di fuori dell'ambito normativo del regolamento n. 17, poiché la previsione di importi fissi avrebbe privato la Commissione della propria discrezionalità; in terzo luogo, è stata esaminata la legittimità delle modalità di calcolo che consentono, soprattutto per le piccole e medie imprese, di superare nei calcoli intermedi, il limite del 10% del fatturato; in quarto luogo, è stata analizzata la legittimità degli Orientamenti nella misura in cui vengono previste circostanze aggravanti non direttamente previste nel regolamento n. 17; infine, la compatibilità degli stessi con i diritti di difesa delle imprese.

Preliminarmente, i giudici comunitari hanno, dunque, dovuto risolvere la questione dell'ammissibilità di un'eccezione di illegittimità degli

⁸⁷⁰ Cfr. sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *LR AF 1998* c. Commissione, causa T-23/99, in *Racc.*, 2002, p.II-1705. Conclusioni Avvocata Generale Tizzano rese l'8 luglio 2004 nella causa *Dansk Rørindustri*, cause riunite C-189/02, in *Racc.*, 2005, p. II- 5425.

Orientamenti proposta ai sensi dell'art. 241 CE⁸⁷¹. Essi, infatti, formalmente, non rientrano negli atti giuridici aventi forza vincolante in quanto adottati dalla Commissione quali *guidelines* per il proprio comportamento. L'eccezione è stata dichiarata ammissibile. Da un lato, l'evoluzione giurisprudenziale⁸⁷² relativa all'art. 241 TCE ha esteso la possibilità di proporre tale eccezione con riferimento a qualunque atto che pur non avendo la forza di regolamento, produca nondimeno effetti analoghi. Gli Orientamenti soddisfano tali requisiti perché hanno portata generale in quanto si applicano a situazioni soggettive indeterminate e comportano effetti giuridici nei confronti di categorie di persone considerate in modo generale ed astratto⁸⁷³. Dall'altro, pur non costituendo gli Orientamenti la base giuridica per l'infrazione delle sanzioni, il Tribunale ha ritenuto sussistente un innegabile nesso tra essi e la decisione individuale⁸⁷⁴, poiché la Commissione applica l'ammenda seguendo il metodo descritto negli Orientamenti. Inoltre, pur se detti Orientamenti non sono formalmente vincolanti, stabiliscono regole che la Commissione si è impegnata a seguire⁸⁷⁵ per la determinazione dell'importo dell'ammende per violazioni del diritto della concorrenza: norme di questo tipo, miranti a precisare i criteri che un'istituzione intende applicare nell'esercizio del proprio

⁸⁷¹ Tale norma prevede la possibilità di far valere in via incidentale l'illegittimità di un atto nel caso di una controversia che “metta in causa un regolamento adottato congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio o un regolamento del Consiglio, della Commissione o della BCE”.

⁸⁷² Sentenza della Corte del 6 marzo 1979, *Simmenthal* c. Commissione, causa 92/78, in *Racc.*, 1979, p. 777, punto 40.

⁸⁷³ Conclusioni Avvocato Generale Tizzano rese nella causa *Dansk Rørindustri A/S* cit., punto 59.

⁸⁷⁴ Sentenza della Corte del 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S* e a. c. Commissione, cause riunite 189/02 e ss., in *Racc.*, 2005, p. I-5425, punto 237 “Alla luce degli effetti giuridici che norme di comportamento quali gli orientamenti possono produrre e poiché questi comportano disposizioni di portata generale la cui avvenuta applicazione da parte della Commissione nella decisione controversa è pacifica (...) è infatti gioco forza constatare che esiste un nesso diretto tra questa decisione e gli orientamenti”. Nello stesso senso si veda anche sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005 *Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG* c. Commissione, causa T-64/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 35.

⁸⁷⁵ Cfr. sul punto sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *Louwage* c. Commissione, causa 148/73, in *Racc.*, 1974, punto 12. Con specifico riferimento agli Orientamenti si veda sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd* c. Commissione, causa T-223/00, in *Racc.*, 2003, p.II- 2553, punto 62 “Orbene, è giurisprudenza costante che la Commissione non può discostarsi dalle regole che essa stessa si è imposta (...). In particolare, quando la Commissione adotta orientamenti destinati a precisare, nel rispetto del trattato, i criteri che intende applicare nell'esercizio del suo potere discrezionale, ne deriva un'autolimitazione di tale potere in quanto la detta istituzione è tenuta a conformarsi alle norme indicative che essa stessa si è imposta”.

potere discrezionale, possono quindi produrre effetti giuridici⁸⁷⁶.

In secondo luogo, con riferimento all'asserito vizio di illegittimità, le imprese hanno posto in evidenza come si trattasse di un caso di incompetenza della Commissione⁸⁷⁷, in quanto tale istituzione, con l'adozione della metodologia di calcolo su base forfetaria, avrebbe violato i limiti del suo potere discrezionale attribuitole dall'art. 15 del regolamento n. 17. In particolare, le imprese hanno osservato che l'imposizione di somme a *forfait* senza alcuna considerazione per il fatturato e la facoltà per la Commissione di superare il limite del 10% nei calcoli intermedi, non consentirebbe una corretta personalizzazione della sanzione⁸⁷⁸, alla luce delle dimensioni delle imprese e del loro ruolo nell'intesa. I giudici del Lussemburgo hanno pertanto dovuto accertare se gli Orientamenti travalicassero i criteri forniti dall'art. 15 del regolamento n. 17 nella determinazione dell'ammenda, che come già ampiamente esposto, vengono indicati unicamente nella gravità e durata dell'infrazione. Secondo l'Avvocato Generale Tizzano⁸⁷⁹, confermato dalla pronuncia della Corte⁸⁸⁰, gli Orientamenti non travalicherebbero i limiti imposti dal regolamento 17. Da un lato, infatti, la Commissione non sarebbe obbligata a seguire una particolare metodologia di calcolo, godendo in materia di un'ampia discrezionalità. Dall'altro, anche con l'adozione degli Orientamenti, il calcolo della sanzione continuerebbe ad essere basato unicamente sui criteri forniti dal regolamento 17, ossia la gravità e la durata ed

⁸⁷⁶ Conclusioni Avvocato Generale Tizzano rese nella causa *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 65. All'obiezione relativa al fatto che gli Orientamenti avrebbero unicamente valore interno e pertanto non potrebbero produrre effetti giuridici vincolanti, l'Avvocato Generale (punti 60-63) ha precisato come negli stessi Orientamenti sia previsto l'obbligo per la Commissione di seguire determinati passaggi nel calcolo dell'importo delle ammende e che pertanto, a tale obbligo non può non corrispondere il diritto delle imprese a che esso venga rispettato. In particolare al punto 62, l'Avvocato Generale ha affermato che *"tale conclusione si iscrive pienamente nella linea della giurisprudenza comunitaria, la quale ha riconosciuto che solo gli atti aventi valore meramente interno ad un'istituzione sono inidonei a produrre effetti giuridici esterni. Tale non è però il caso di atti della Commissione, quali i 'codici di condotta' o le 'istruzioni interne', nei quali per l'appunto ad obbligazioni dei servizi e degli agenti della Commissione corrispondono diritti degli Stati membri ovvero degli operatori economici"*.

⁸⁷⁷ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 237.

⁸⁷⁸ Conclusioni Avvocato Generale Tizzano rese nella causa *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 65. Sulla personalizzazione delle sanzioni e la prassi della Commissione si veda *infra* capitolo 3.

⁸⁷⁹ Conclusioni Avvocato Generale Tizzano rese nella causa *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 66.

⁸⁸⁰ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 252, in cui i giudici hanno ribadito come la Commissione sia rimasta nell'ambito normativo previsto dal regolamento n. 17. Nello stesso senso anche sentenza del Tribunale *Dr Hans Heubach cit.*, punto 37.

il limite del 10% del fatturato. Secondo una giurisprudenza costante⁸⁸¹ “la gravità di un’infrazione va accertata su di un gran numero di elementi come, segnatamente, le circostanze proprie del caso di specie, il suo contesto e l’effetto dissuasivo, e ciò senza che sia stato redatto un elenco vincolante o esauriente di criteri da tenere obbligatoriamente in considerazione”. La Commissione possiede, dunque, un margine di discrezionalità particolarmente ampio e come rilevato dall’Avvocato Generale⁸⁸² tra questi elementi, possono essere presi in considerazioni il volume ed il valore dei prodotti rispetto ai quali l’infrazione è stata commessa, la dimensione e il potere economico delle imprese autrici dell’infrazione e l’influenza che sono in grado di esercitare sul mercato, la condotta di ciascuna delle imprese, il ruolo svolto da ciascuna di esse nella realizzazione dell’infrazione, il profitto che esse hanno tratto da tali pratiche anticoncorrenziali, il contesto economico e giuridico in cui si colloca l’infrazione. Relativamente alla censura relativa alla mancata presa in considerazione del fatturato nella determinazione dell’importo di base⁸⁸³, i giudici hanno sottolineato come, secondo la costante giurisprudenza comunitaria⁸⁸⁴ esistente in proposito, “è possibile, per commisurare l’ammenda, tener conto tanto del fatturato complessivo dell’impresa (...) quanto della parte di tale fatturato corrispondente alle merci coinvolte nell’infrazione (...) senza che si debba attribuire ad alcuno di questi due elementi un peso eccessivo rispetto ad altri criteri di valutazione”. L’Avvocato Generale ha rilevato⁸⁸⁵ come gli Orientamenti non proibiscano di prendere in considerazione, nel procedimento del calcolo dell’ammenda, il fatturato, ma anzi lo prevedano direttamente nel caso di infrazioni che coinvolgano più imprese, proprio per dare conto di eventuali differenze esistenti tra esse. La Corte ha altresì ribadito⁸⁸⁶ come, anche ai sensi dell’art.

⁸⁸¹ Sentenza della Corte del 17 luglio 1997, *Ferriere Nord s.p.a. c. Commissione*, causa C-219/95P, in *Racc.*, 1995, p. I-4411, punto 33.

⁸⁸² Conclusioni Avvocato Generale Tizzano rese nella causa *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 69.

⁸⁸³ Si rileva, per inciso, che anche dal punto dell’analisi economica del diritto non sussisterebbe alcuna necessità di partire dal fatturato per il calcolo dell’ammenda. Sul punto si veda W.P.J.WILS, *The Optimal Antitrust Enforcement cit.*, p. 72, il quale sottolinea come importi forfetari siano maggiormente in linea con la giurisprudenza comunitaria, in base alla quale è necessario tener conto di numerosi fattori nella determinazione del *quantum* della sanzione.

⁸⁸⁴ Cfr. sent. *Musique Diffusion Française cit.*, punto

⁸⁸⁵ Conclusioni Avvocato Generale Tizzano rese nella causa *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 72.

⁸⁸⁶ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 255.

15 del regolamento n. 17, in realtà la Commissione non sia obbligata ad effettuare il calcolo dell'ammenda a partire dagli importi basati sul fatturato⁸⁸⁷.

Pertanto, secondo tale interpretazione, non corrisponde al vero che la metodologia di calcolo espressa dagli orientamenti si riduca ad una mera operazione aritmetica predeterminata, poiché essi prevedono di tenere conto della differenze esistenti tra le varie imprese e di ponderare ulteriormente l'importo sulla base di circostanze attenuanti, aggravanti, del contesto economico e del vantaggio economico e finanziario eventualmente ottenuto. Gli Orientamenti conterrebbero dunque *“vari elementi di flessibilità che consentono alla Commissione di esercitare il proprio potere discrezionale in conformità al disposto dell'art. 15 del regolamento 17, come interpretato dalla giurisprudenza”*⁸⁸⁸.

In terzo luogo, le imprese hanno censurato gli Orientamenti anche con riferimento al fatto che durante i calcoli intermedi spesso venga superato il limite del 10% del fatturato di ciascuna impresa. In particolare, le imprese hanno posto in evidenza come la metodologia degli Orientamenti sia particolarmente penalizzante per le piccole e medie imprese. In numerosi casi, infatti, il limite del 10% del fatturato è stato superato fin dall'inizio e, in definitiva, l'importo finale dell'ammenda si è rivelato un mero calcolo aritmetico sulla base del solo fatturato complessivo. Tutti gli aggiustamenti previsti negli orientamenti in funzione della durata e delle circostanze attenuanti ed aggravanti, elementi di flessibilità che consentono, come sopra

⁸⁸⁷ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 257; sentenza *Musique Diffusion Française cit.*, punto 119; sentenza *LR AF 1998 cit.*, punto 259 *“(...) succede che , nell'applicazione degli orientamenti, il fatturato delle imprese interessate possa essere preso in considerazione al momento della valutazione dell'effettiva capacità economica degli autori dell'infrazione di arrecare un danno consistente agli altri operatori e della necessità di assicurare all'ammenda un carattere sufficientemente dissuasivo o al momento della presa in considerazione del fatto che le imprese di grandi dimensioni dispongono quasi sempre di infrastrutture giuridico-economiche sufficienti che consentono loro di essere maggiormente consapevoli del carattere di infrazione del loro comportamento e delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo della concorrenza (...). Il fatturato delle imprese interessate può altresì essere considerato al momento della determinazione del peso specifico e quindi dell'impatto reale sulla concorrenza del comportamento configurante un'infrazione di ciascuna impresa, specie qualora esista una disparità considerevole nella dimensione delle imprese che commettono il medesimo tipo di infrazione (...). Analogamente, il fatturato delle imprese può dare un'indicazione del vantaggio economico o finanziario realizzato dagli autori dell'infrazione o di altre caratteristiche proprie a queste ultimi che occorre, a seconda delle circostanze, prendere in considerazione”*

⁸⁸⁸ Conclusioni Avvocato Generale Tizzano rese nella causa *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 75.

visto, agli Orientamenti stessi di essere considerati legittimi, essendo effettuati su importi che si collocano oltre il limite del 10% non hanno alcuna ripercussione sull'importo finale e vengono presi in considerazione solo in modo teorico ed astratto. Secondo la Corte⁸⁸⁹, invece, l'art. 15 del regolamento n. 17 non vieta alla Commissione di fare riferimento nel suo calcolo ad un importo intermedio che superi il limite del 10%. Nell'ipotesi in cui al termine del calcolo l'importo dell'ammenda superi detto limite, l'importo deve essere quindi ridotto e il fatto che alcuni fattori quali la gravità e la durata dell'infrazione non si ripercuotano realmente sull'importo dell'ammenda è solamente una mera conseguenza dell'adeguamento dell'importo finale a tale limite massimo⁸⁹⁰. Secondo i giudici comunitari⁸⁹¹, il limite massimo relativo al fatturato che, ancorché in maniera approssimativa ed imperfetta, fornisce un'indicazione delle dimensioni delle imprese⁸⁹² ed è volto ad evitare che siano inflitte ammende troppo elevate che le imprese non potrebbero pagare. Il limite è uniformemente applicabile a tutte le imprese ed è diretto ad evitare che le ammende vengano fissate ad un livello eccessivo e sproporzionato; *“tale limite massimo ha quindi uno scopo distinto ed autonomo rispetto a*

⁸⁸⁹ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 278.

⁸⁹⁰ Tale affermazione della Corte non appare del tutto condivisibile, soprattutto alla luce del fatto che ai sensi dell'art. 15 del regolamento n. 17, l'ammenda deve essere commisurata alla gravità e durata. Pertanto, ritenere, legittima una prassi applicativa degli Orientamenti che non consenta di tenere conto di tali fattori, non sembra essere del tutto legittima.

⁸⁹¹ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 280.

⁸⁹² In proposito, i giudici del Tribunale (sentenza *Dr Hans Heubach cit.*, punto 39) hanno affermato che “gli orientamenti consentono alla Commissione di prendere in considerazione, allorché le circostanze lo esigono, la situazione particolare in cui si trovano le PMI rispetto alle imprese che dispongono, sul mercato in questione o complessivamente, di un fatturato superiore. Al riguardo, il Tribunale ha già statuito che, nell'applicazione degli orientamenti, il fatturato delle imprese coinvolte può essere preso in considerazione in sede di valutazione della capacità economica effettiva degli autori dell'infrazione di creare un danno importante agli altri operatori nonché della necessità di garantire all'ammenda un carattere sufficientemente dissuasivo, ovvero in sede di valutazione del fatto che le imprese di grandi dimensioni dispongono per la maggior parte del tempo di infrastrutture sufficienti per possedere conoscenze giuridico-economiche che consentono loro di valutare il carattere illecito del loro comportamento e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista della normativa sulla concorrenza. Il fatturato delle imprese coinvolte può altresì essere preso in considerazione in sede di determinazione del peso specifico, e dunque dell'impatto effettivo, del comportamento illecito di ciascuna impresa sulla concorrenza, in particolare allorché esiste una disparità considerevole nelle dimensioni delle imprese autrici di un'infrazione della medesima natura. Del pari, il fatturato delle imprese può costituire un'indicazione del vantaggio economico o finanziario eventualmente conseguito dagli autori dell'infrazione ovvero di altre caratteristiche proprie di questi ultimi, che occorre, secondo le circostanze, prendere in considerazione”. Il Tribunale, nella medesima pronuncia ha altresì ricordato come gli importi forfetari siano meramente indicativi e che pertanto la Commissione ben potrebbe discostarsene.

quello della gravità e della durata dell'infrazione”⁸⁹³. Il fatto, poi, che l'importo finale dell'ammenda sia uguale a tale limite massimo non significa che esso sia stato calcolato sul solo fondamento di tale limite, bensì che tale importo, che andrebbe fissato in base alla gravità e alla durata dell'infrazione, è stato ridotto fino a concorrenza di detto limite.

In quarto luogo, le imprese hanno altresì censurato il fatto che gli Orientamenti avevano individuato talune circostanze aggravanti non previste direttamente dall'art. 15 del regolamento n. 17 e che avrebbero comportato la presa in considerazione del medesimo elemento più volte, da un lato, al momento della valutazione della gravità e, dall'altro, quale circostanza aggravante. Conseguentemente, gli Orientamenti sarebbero stati viziati da illegittimità per incompetenza della Commissione. Il riferimento è agli utili illeciti realizzati grazie all'infrazione che, secondo le imprese, venivano presi in considerazione sia quale elemento relativo alla gravità dell'infrazione, sia quale circostanza aggravante. Secondo la Corte⁸⁹⁴, invece, tale circostanza era diretta a maggiore l'importo di base, se una valutazione obiettiva di tali utili illeciti consentiva di constatare che il livello dell'importo di base era insufficiente a neutralizzare il profitto che l'impresa traeva dall'infrazione. Secondo tale impostazione, dunque, gli Orientamenti non comportavano il rischio che il medesimo elemento venisse preso in considerazione due volte e, pertanto, dovevano considerarsi legittimi⁸⁹⁵.

Infine, le imprese hanno anche fatto valere l'illegittimità degli Orientamenti nella misura in cui essi prevedono quale circostanza aggravante “il rifiuto di qualsiasi cooperazione o tentativi di ostruzionismo durante lo svolgimento dell'inchiesta”, in quanto in contrasto con il diritto di difesa che prevede il diritto di non testimoniare contro se stessi, pacificamente applicabile anche nel settore della concorrenza⁸⁹⁶. Secondo l'Avvocato

⁸⁹³ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 282.

⁸⁹⁴ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 294.

⁸⁹⁵ Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano nel caso *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 80 è stato osservato che i vantaggi che le imprese traggono da un illecito facevano parte dei fattori che la Commissione poteva tenere in considerazione non solo in sede di valutazione della gravità dell'infrazione, ma anche per assicurare che l'ammenda avesse un sufficiente effetto dissuasivo. Del resto, il regolamento n. 17 non vietava alla Commissione, nell'ambito del suo potere discrezionale, di maggiore l'ammenda ove lo ritenesse opportuno, per meglio perseguire la politica della concorrenza, anche in base agli utili conseguiti dall'impresa, ove essi risultassero stimabili.

⁸⁹⁶ La Corte, infatti, nella nota pronuncia *Orkem c. Commissione* (sentenza del 18 ottobre 1989, causa 374/87, in *Racc.*, 1989, p. 3283, punto 35), ha affermato che “la Commissione non

Generale⁸⁹⁷ e la Corte gli Orientamenti non risultano in contrasto con detto diritto di difesa, poiché non prevedono un aggravamento dell'ammenda nell'ipotesi in cui si sia in presenza del mero esercizio di difesa⁸⁹⁸.

12. Orientamenti e principio di irretroattività

A seguito dell'emanazione degli Orientamenti, si è posto il problema della loro applicazione *ratione temporis*⁸⁹⁹. Le imprese non hanno mancato di far valere la circostanza che la Commissione abbia applicato detti Orientamenti anche ad infrazioni svoltesi in epoca antecedente alla loro pubblicazione. Le censure sono andate in due direzioni concettualmente distinte, ma che nella pratica hanno finito per confondersi: da un lato si è fatto valere il principio di irretroattività delle pene, in base al quale non può essere inflitta una sanzione più grave di quella che era prevista al momento in cui il fatto illecito è stato commesso⁹⁰⁰; dall'altro, la tutela del legittimo affidamento, che si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione comunitaria ha suscitato in lui aspettative

può pertanto imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione".

⁸⁹⁷ Conclusioni *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punti 87-90; sentenza della Corte *Dansk Rørindustri A/S cit.*, punto 353.

⁸⁹⁸ Cfr. sul punto anche sentenza della Corte del 16 novembre 2000, *Metsä – Serla Sales c. Commissione*, causa C-298/98P, in *Racc.*, 2000, p. I-10157, punto 58 "(...) un'impresa che, contestando la posizione della Commissione, presta soltanto la collaborazione cui è tenuta in forza del regolamento n. 17, non vedrà infliggersi, per tale motivo, un'ammenda maggiorata".

⁸⁹⁹ Sul tema dell'applicazione degli articoli 81 e 82 CE per infrazioni poste in essere prima dell'entrata in vigore del Trattato di Roma, si veda S. MAIL – FOUILLEUL, *op. cit.*, p. 362.

⁹⁰⁰ Come sopra segnalato, risulta invece ammissibile l'applicazione retroattiva della legge più favorevole (*lex mitior*). Tale argomento è stato trattato nella Decisione del 17 dicembre 2002, C(2002)5078 def., relativa ad un procedura di applicazione dell'art. 65 TCECA (procedimento COMP/37.956 – *Tondo per cemento armato*), in cui la Commissione, (punto 333) ha affermato che la valutazione della disposizione più favorevole non deve essere fatta in astratto, e cioè norma per norma, ma in concreto, paragonando i risultati che derivano dall'applicazione delle due norme alla situazione concreta che si presenta all'esame. Il caso, che pone numerosi altri problemi in quanto temporalmente collocato a cavallo della scadenza del Trattato CECA, si riferisce all'applicazione dell'art. 65 CECA in luogo dell'art. 81 CE. Tale ultimo articolo, viene ritenuto dalle imprese maggiormente favorevole in quanto prevede, quale elemento costitutivo dell'illecito, il pregiudizio al commercio tra gli Stati membri. Tale elemento era invece assente nell'art. 65 CECA. Attualmente risulta pendente l'impugnazione della decisione sopra citata dinanzi al Tribunale, cause riunite T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 e T-98/03.

fondate⁹⁰¹.

Il principio di irretroattività, come già esposto *supra* par. 5, è riconosciuto dall'art. 7 CEDU e dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esso fa parte integrante dei principi generali di diritto di cui i giudici comunitari devono garantire l'osservanza⁹⁰² ed in particolare la Commissione è tenuta a rispettarlo nei procedimenti amministrativi che possono condurre all'irrogazione di sanzioni. Tale principio esige che le sanzioni inflitte ad un'impresa per un'infrazione alle regole di concorrenza corrispondano a quelle che erano stabilite al momento in cui l'infrazione è stata commessa⁹⁰³.

Nel primo grado della pronuncia resa nel caso *tubi preisolati*⁹⁰⁴, il Tribunale ha respinto la censura delle imprese relativa alla violazione del principio di irretroattività sulla base di una premessa che la Corte⁹⁰⁵ ha poi considerato errata. I giudici di primo grado, infatti, hanno dapprima rilevato come gli Orientamenti si iscrivessero nel contesto normativo di cui al regolamento n. 17 poiché il calcolo continuava a basarsi unicamente sulla gravità e durata. Poi hanno rilevato come, nonostante un oggettivo aggravamento degli importi delle ammende, esso non si poneva in contrasto con il principio di irretroattività poiché da un lato, la Commissione avrebbe il potere discrezionale di innalzare il livello delle ammende⁹⁰⁶ entro i limiti del regolamento n. 17 per soddisfare le esigenze della politica di concorrenza e, dall'altro, perché comunque gli orientamenti non farebbero parte del contesto normativo che determina l'ammontare delle ammende, essendo questo basato unicamente sul regolamento n. 17. Il ragionamento del Tribunale pare essere

⁹⁰¹ Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Cheil Jedang Corp. c. Commissione*, causa T-220/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2473, punto 33.

⁹⁰² Cfr. sentenza della Corte del 10 luglio 1984, *Kirk*, causa 63/83, in *Racc.*, 1984, p. 2689, punto 22.

⁹⁰³ Sentenza del Tribunale *LR AF 1998 cit.*, punto 221.

⁹⁰⁴ *Ibidem.*

⁹⁰⁵ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri cit.*, punto 208.

⁹⁰⁶ A proposito della discrezionalità della Commissione, nel caso *Archer Daniels Midland Company c. Commissione*, causa T-224/00 sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, in *Racc.*, p. II-2597, punto 28 la ricorrente ha posto in luce come il caso degli Orientamenti fosse differente dai casi esaminati in passato e relativi ad mero innalzamento dell'entità dell'ammenda che continuava però ad essere basata su di una percentuale delle vendite relative al prodotto interessato dall'infrazione. Ciò in quanto gli Orientamenti comportavano un cambiamento radicale di metodologia della Commissione e comunque "il margine discrezionale di cui dispone la Commissione nel fissare l'entità dell'ammenda non potrebbe in nessun caso condurre a infliggere ammende da 15 a 20 volte più elevate di quelle che sarebbero state stabilite secondo la prassi esistente al momento dell'infrazione".

stato seguito anche dall'Avvocato Generale che nelle sue conclusioni⁹⁰⁷ ha considerato astrattamente possibile una violazione del principio di irretroattività solo in presenza di sanzioni che esulino dal sistema delineato dal regolamento n. 17. Gli Orientamenti, invece, continuando a basare il metodo di calcolo della sanzione su gravità e durata, rimango dentro quei limiti e pertanto il problema dell'applicazione retroattiva non si sarebbe posto.

La Corte ha invece ribaltato tale impostazione dogmatica. In primo luogo, ha rilevato come potendo gli Orientamenti essere oggetto di una eccezione di illegittimità pur non essendo il fondamento giuridico dell'atto impugnato, a maggior ragione una valutazione del rispetto del principio di irretroattività non presuppone che essi siano il fondamento giuridico per l'imposizione delle ammende⁹⁰⁸. Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 7.1 CEDU⁹⁰⁹ il divieto di irretroattività si applica altresì in presenza di nuove interpretazioni di divieti di legge che consentano l'imposizione di sanzioni più gravi⁹¹⁰. Ciò si può verificare nel caso in cui il risultato a cui perviene la nuova interpretazione giurisprudenziale non fosse *“ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa, alla luce, in particolare, dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione”*⁹¹¹. La giurisprudenza di Strasburgo⁹¹² ha precisato la nozione di prevedibilità: essa dipende dal contenuto del testo di cui si tratta, del settore interessato, dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari. Essa non viene meno anche nell'ipotesi in cui il destinatario della norma debba ricorrere al parere di un legale al fine di valutare *“in una misura ragionevole in base alle*

⁹⁰⁷ Conclusioni Avvocato Generale Tizzano *Dansk Rørindustri cit.*, punti 159-165.

⁹⁰⁸ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri cit.*, punto 214.

⁹⁰⁹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, serie A n. 335B; sentenza del 15 novembre 1996 *Cantoni c. Francia*, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; 22 giugno 2000, *Coëme e a. c. Belgio*, in *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VII.

⁹¹⁰ Tale argomento pare essere stato sviluppato in primo grado anche nel caso *Archer Daniels Midland Company c. Commissione* (sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, causa T-224/00, in *Racc* punto 29) in cui la ricorrente ha evidenziato come anche negli Stati Uniti, in base alla *Sentencing Commission Guidelines* *“l'applicazione con effetto retroattivo di nuovi orientamenti in materia di ammende sarebbe vietata dalla norma ex post facto della costituzione degli Stati Uniti, quando essa porta all'irrogazione di una pena più severa di quella che era prevista al momento in cui l'infrazione fu commessa”*.

⁹¹¹ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri cit.*, punto 218. Vedi *infra* par. 3.

⁹¹² Sentenza della Corte europea dei diritti umani *Cantoni cit.* par. 35.

circostanze, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato”⁹¹³. Ai professionisti viene poi richiesta una cura ed una prudenza particolare nel valutare i rischi che comporta lo svolgimento del loro lavoro. Ciò avviene anche nell’ambito del diritto comunitario, poiché anche l’obbligo dei giudici nazionali di interpretare le proprie leggi alla luce di determinate norme comunitarie incontra il limite del rispetto della certezza del diritto e del divieto di irretroattività⁹¹⁴. Sulla falsariga di tale giurisprudenza, la Corte ha ammesso⁹¹⁵ che la modifica della politica repressiva della Commissione nel settore della concorrenza, attuata mediante l’adozione di norme di comportamento quali gli Orientamenti, che ricadono nella nozione di diritto ai sensi dell’art. 7.1 CEDU, può effettivamente porre dei dubbi di compatibilità con il principio di irretroattività, supposto che abbiano un effetto aggravante. La Corte ha pertanto provveduto ad esaminare se detta modifica fosse “ragionevolmente prevedibile” all’epoca in cui le infrazioni sono state commesse. I giudici del Lussemburgo hanno, dapprima, rilevato come il nuovo metodo consistesse in una tariffazione degli importi di base e poi hanno inspiegabilmente, risolto la questione della prevedibilità sul piano del legittimo affidamento. In particolare, si è affermato che potendo la Commissione innalzare in ogni momento il livello delle ammende al fine di garantire l’attuazione della politica comunitaria della concorrenza, le imprese devono tener conto della possibilità che la Commissione possa in ogni momento decidere di aumentare il livello delle ammende rispetto a quello applicato in passato. Ciò può anche avvenire attraverso l’emanazione di norme di comportamento a portata generale, come gli Orientamenti, senza violare il principio di irretroattività in quanto un eventuale aggravamento poteva dirsi ragionevolmente prevedibile⁹¹⁶. In realtà, il ragionamento seguito dalla Corte

⁹¹³ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri cit.*, punto 219.

⁹¹⁴ Sentenza della Corte dell’8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, causa 80/86, in *Racc.*, 1987, p. 3969, punto 13.

⁹¹⁵ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri cit.*, punto 222.

⁹¹⁶ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri cit.*, punto 231; in senso conforme sentenza del Tribunale *Degussa cit.*, punti 386-397. In quest’ultima pronuncia i giudici hanno altresì sottolineato (punto 395) come “risulta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che la prevedibilità della legge non esclude che la persona interessata debba ricorrere a consulenti esperti per valutare con sufficiente ragionevolezza nelle circostanze del caso, le conseguenze che possono risultare da un determinato atto. Ciò vale quindi in particolare per gli operatori professionali, abituati a dover dare prova di grande prudenza nell’esercizio del loro mestiere. Da questi ultimi è possibile anche aspettarsi un’attenzione particolare nella valutazione dei rischi che da esso derivano”. Nello stesso senso sentenza

non appare essere del tutto coerente poiché resta irrisolta la questione della ragionevole prevedibilità. I giudici comunitari non hanno infatti spiegato in base a che parametri essa vada ricercata. Basarsi unicamente sulla discrezionalità della Commissione, non pare essere del tutto conforme alla certezza del diritto, poiché gli operatori economici non sono posti in grado di conoscere in anticipo e con esattezza le decisioni della Commissione, soprattutto se notevoli mutamenti nella prassi della Commissione intervengono tra il momento in cui viene posta in essere l'infrazione ed il momento in cui viene sanzionata⁹¹⁷.

13. Orientamenti e legittimo affidamento

Con riferimento al principio della tutela del legittimo affidamento, le imprese hanno evidenziato come l'applicazione della metodologia stabilita negli Orientamenti avesse completamente rivoluzionato la prassi anteriore della Commissione. Tale prassi consisteva nel calcolare le ammende prendendo come base di riferimento il fatturato relativo al mercato rilevante. La forfetizzazione avrebbe dunque comportato una modifica 'epocale' nella prassi della Commissione, in palese violazione del legittimo affidamento che le imprese nutrivano in quella anteriore. Secondo le imprese, la Commissione avrebbe dovuto quanto meno avvertirle di tale modifica o comunque almeno motivare in maniera più dettagliata tale applicazione⁹¹⁸. I giudici hanno però ribattuto come da giurisprudenza costante risulta che *“gli operatori economici non possono fare affidamento sulla conservazione di una situazione in atto che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale della Commissione”*⁹¹⁹. Nel caso dei *tubi preisolati*, poi, le ricorrenti hanno altresì evidenziato come in virtù della prassi precedente in materia di calcolo delle

della Corte del 18 maggio 2006, *Archer Daniels Midland Co. c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁹¹⁷ M. DEBROUX, *L'imprévisibilité transparente: La politique de sanction de la Commission en matière de cartels*, in *Revue de droit de la concurrence*, 2006, p. 48, ha sottolineato che *“si l'on peut certes comprendre l'affirmation de principe selon laquelle la Commission peut à tout moment modifier sa pratique, et parfois dans de proportions considérables, le caractère 'raisonnablement prévisible' affirmé par la Cour nous semble ici procéder davantage de la petition de principe que du constat objectif, surtout si l'on se réfère à l'époque à les infractions ont été commises”*.

⁹¹⁸ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri*, cit., punto 161.

⁹¹⁹ Sentenza del Tribunale *LR AF 1998*, cit., punto 241.

ammende esse si erano determinate a collaborare con la Commissione per poter trarre benefici. Con riferimento a questo punto, sia l'Avvocato Generale⁹²⁰ che la Corte⁹²¹ hanno affermato come la comunicazione sulla cooperazione poteva suscitare aspettative relativamente alla percentuale di riduzione dell'ammenda, ma non sull'ammontare totale dell'ammenda.

Nel caso citato, le imprese hanno basato le loro argomentazioni difensive sulla pronuncia *Ferriere San Carlo*⁹²² in cui la Corte ha annullato la decisione della Commissione con cui aveva sanzionato l'impresa, in quanto l'istituzione comunitaria non aveva provveduto ad avvertire gli operatori economici di un cambiamento nella sua prassi che in passato aveva tollerato superamenti di quote di tondini di cemento. La Corte⁹²³ ha però sottolineato come la prassi della Commissione antecedente all'emanazione degli Orientamenti non poteva dirsi costante in quanto non sempre si era basata sul fatturato. Inoltre, gli operatori economici non potrebbero riporre un legittimo affidamento nel mantenimento di una prassi che “*nel settore della determinazione dell'ammontare delle ammende, la Commissione dispone di un potere discrezionale che le permette di innalzare in qualsiasi momento il livello generale delle ammende, entro i limiti indicati nel regolamento n. 17, se ciò è necessario per garantire l'attuazione della politica comunitaria in materia di concorrenza*”⁹²⁴.

L'Avvocato Generale, invece, ha effettuato un'analisi della prevedibilità o meno dell'adozione della nuova metodologia contenuta negli Orientamenti, basandosi sulla giurisprudenza in base alla quale il principio della tutela del legittimo affidamento può essere fatto valere dall'operatore economico nel quale l'istituzione comunitaria abbia fatto sorgere fondate aspettative. In base a tale giurisprudenza, però, se l'operatore economico prudente ed accorto è in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento comunitario idoneo a ledere i suoi interessi, non può invocare il principio in

⁹²⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, rese nella causa *Dansk Rørindustri*, cit., punto 138.

⁹²¹ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri*, cit., punto 188.

⁹²² Sentenza della Corte del 12 novembre 1987, *Ferriere San Carlo* c. Commissione, in *Racc.*, 1987, p. 4435.

⁹²³ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri*, cit., punto 176.

⁹²⁴ Sentenza della Corte *Dansk Rørindustri*, cit., punto 191.

questione nel caso in cui il provvedimento venga poi adottato⁹²⁵. L'esame della prevedibilità riveste un'importanza notevole in quanto come si è già osservato, l'analisi relativa alla compatibilità o meno degli Orientamenti con il principio di irretroattività si risolve in quella sul legittimo affidamento. In realtà, anche in questa sede, i giudici comunitari, si sono limitati a statuizioni di principio, ribadendo che *“gli operatori economici non posso fare affidamento sulla conservazione di una situazione in atto che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle istituzioni comunitarie”*⁹²⁶. Conseguentemente, un operatore accorto ed avveduto avrebbe potuto ragionevolmente prevedere un inasprimento nella politica sanzionatoria della Commissione. In ogni caso, l'Avvocato Generale ha sottolineato come la Commissione in passato avesse attirato l'attenzione degli operatori economici circa un eventuale inasprimento del livello delle ammende e dell'effetto deterrente delle sanzioni⁹²⁷.

14. Orientamenti e principio di proporzionalità

Il tema del rispetto del principio di proporzionalità è stato affrontato con riferimento alla situazione delle piccole e medie imprese nelle infrazioni che coinvolgono numerosi soggetti. Queste ultime hanno evidenziato come l'applicazione degli Orientamenti e la divisione in gruppi conducesse all'inflizione di sanzioni proporzionalmente più elevate rispetto alle imprese di dimensioni maggiori. Il superamento del tetto del 10% del fatturato globale nei calcoli intermedi, ritenuto legittimo dai giudici comunitarie, comportava poi che l'entità della sanzione non risentisse degli elementi di flessibilità che consento agli Orientamenti di essere considerati legittimi⁹²⁸. Tali censure sono

⁹²⁵ Sentenza della Corte dell'11 marzo 1987, *Van der Bergh en Jurgens* c. Commissione, in *Racc.*, 1987, p. 1155, punto 44; sentenza della Corte del 15 aprile 1997, *Irish Farmers Associations* e a. c. Commissione, causa C-22/94, in *Racc.*, 1997, p. I-1809, punto 25.

⁹²⁶ Conclusioni *Dansk Rørindustri* cit., punto 151. Sentenza *LR AF 1998*, cit., punto 241.

⁹²⁷ Conclusioni *Dansk Rørindustri* cit., punto 151; XXI Relazione sulla politica della concorrenza, p. 120. In senso parzialmente difforme si veda sentenza del Tribunale del 15 marzo 2006, *BASF AG* c. Commissione, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in cui al punto 59 il Tribunale ha affermato che sulla Commissione non incombe alcun obbligo di annunciare, nella comunicazione degli addebiti, la possibilità di un eventuale cambiamento della sua politica in materia di ammende.

⁹²⁸ Vedi *infra* par. 12.

sempre state respinte sia dalla Corte che dal Tribunale⁹²⁹, che anzi hanno affermato che l'esame del rispetto del principio di proporzionalità dovrebbe avvenire in relazione all'importo di base⁹³⁰, in quanto quello finale sarebbe il risultato di valutazioni che attengono a condizioni 'personali' delle imprese e volte al rispetto del principio di individualità della sanzione.

Solo l'Avvocato Generale Tizzano, nelle conclusioni rese nel caso *tubi preisolati*⁹³¹ pur corroborando tale pratica, ha però rilevato come l'applicazione automatica del limite del 10% potesse incidere sul principio di proporzionalità, non inteso in senso assoluto, ma in senso "relativo", ossia come volto cioè ad assicurare che la sanzione sia 'personalizzata' e quindi proporzionata alla gravità dell'infrazione e alle altre circostanze, soggettive ed oggettive, di ciascun caso. Il test di proporzionalità assumerebbe, pertanto, particolare rilevanza nel caso delle infrazioni collettive poiché "*se un'infrazione è stata commessa da più imprese, l'esigenza di proporzionalità richiede che sia esaminato, in sede di fissazione dell'ammenda, 'il peso relativo della partecipazione di ciascuna di esse'*"⁹³².

15. Riflessioni sugli Orientamenti

Con riferimento al rispetto del principio della certezza del diritto degli Orientamenti, non pare potersi affermare che la loro adozione abbia risolto i dubbi esistenti in materia. Nelle intenzioni della Commissione, probabilmente, il cambiamento di base di partenza per il calcolo delle sanzioni, svincolata

⁹²⁹ Cfr. *ex multis*, sentenza del Tribunale del 4 luglio 2006, *Hoek Loos NV* c. Commissione, causa T-304/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*; sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005, *Union Pigments AS* c. Commissione, causa T-62/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in cui si è affermato che (punto 156) "*qualora la Commissione suddivida le imprese interessate in categorie ai fini della fissazione dell'importo dell'ammenda, la determinazione delle soglie di appartenenza per ogni singola categoria deve essere coerente ed obiettivamente giustificata*". Nel caso in esame, il Tribunale ha ritenuto che la Commissione avesse rispettato sia il principio di proporzionalità che quello di parità di trattamento: (punto 164) "*da un lato tutte le imprese coinvolte avevano una responsabilità comune ed analoga, in quanto esse hanno tutte partecipato ad un'infrazione molto grave. Pertanto, in un primo tempo, tale responsabilità è stata valutata in base agli elementi propri dell'infrazione, quali la sua natura e il suo impatto sul mercato. Dall'altro lato, in un secondo momento, la Commissione ha modulato tale valutazione in base alle circostanze proprie di ciascuna impresa interessata, ivi comprese le sue dimensioni e le sue capacità, la durata della sua partecipazione e la sua cooperazione*".

⁹³⁰ Sent. *Hoek cit.*, punto 85.

⁹³¹ *Ibidem*, punto 107.

⁹³² *Ibidem*, punto 108.

quindi da qualsivoglia fatturato, avrebbe dovuto condurre ad una riduzione del contenzioso, che in passato aveva proprio censurato le modalità di accertamento del mercato rilevante⁹³³ e relativo fatturato. Ciò è stato, invece, smentito dalla pratica. Innanzitutto, gli Orientamenti sono stati censurati proprio perché spesso non era dato comprendere la *ratio* che aveva condotto la Commissione ad assumere quale base di calcolo per l'ammenda determinati importi⁹³⁴. A solo un anno di distanza dalla loro pubblicazione è stato osservato⁹³⁵ come le esigenze di certezza e trasparenza non potevano certo dirsi soddisfatte⁹³⁶. La maggiore critica infatti ha coinvolto la “casualità” con cui la Commissione fissava gli importi di base, anche se ad avviso dei giudici comunitari⁹³⁷ gli Orientamenti non avrebbero potuto suscitare alcun legittimo affidamento in relazione al livello dell'importo di base, soprattutto con riferimento alla infrazioni molto gravi per le quali era prevista una base di “oltre 20 milioni di euro”. E' stato rilevato⁹³⁸ come prima degli Orientamenti la prassi decisionale della Commissione fosse sottoposta a numerose censure con riferimento alla mancanza di trasparenza nella metodologia per la determinazione del *quantum* della sanzione, mentre nella vigenza degli Orientamenti, seppure è possibile conoscere l'iter logico seguito dalla

⁹³³ J. M. JOSHUA – P. D. CAMESASCA, *op. cit.*, p. 6.

⁹³⁴ *Ibidem*. Cfr. sul punto le considerazioni effettuate nella sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2005, *Groupe Danone c. Commissione*, causa T- 38/02, in *Racc.*, 2005, p. II-4407, in cui l'impresa ricorrente (punto 89) aveva rilevato che in considerazione del fatto che la metodologia di fissazione dell'importo dell'ammenda si basa su importi forfetari di base e la successiva applicazione di taluni correttivi, sarebbe stato essenziale che la Commissione avesse indicato in maniera precisa la portata dei criteri utilizzati nel calcolo dell'ammenda, al fine di soddisfare il requisito dell'obbligo di motivazione. Solo con la soddisfazione di tale obbligo, l'impresa sarebbe stata posta in grado di valutare la coerenza e la legittimità dei criteri utilizzati dalla Commissione. Il Tribunale ha invece affermato che (punto 97) la portata dell'obbligo di motivazione deve essere letta alla luce del tenore dell'art. 15 par. 2 del regolamento n. 17/62 che menziona i requisiti della gravità e durata al fine della commisurazione dell'ammenda. La Commissione, pertanto, adempie all'obbligo di motivazione nella misura in cui indica gli elementi che le hanno consentito di misurare la gravità e durata dell'infrazione. Gli Orientamenti rappresentano “regole indicative sugli elementi di valutazione di cui la Commissione si avvale per misurare la gravità e la durata dell'infrazione”: di conseguenza “i requisiti della formalità sostanziale costituita dall'obbligo di motivazione sono soddisfatti allorché la Commissione indica, nella sua decisione, gli elementi di valutazione di cui si è servita nell'applicare i suoi orientamenti”.

⁹³⁵ R. RICHARDSON, *op. cit.*, p. 371.

⁹³⁶ *Ibidem*, “the Guidelines are not the ‘revolution’ talked about. Admittedly, the Guidelines attempt to clarify the Commission’s method of fine calculation and consideration is given to ‘individualise’ the level of fines, but the calculation of the level of fines is still far from certain”.

⁹³⁷ Sent. *BASF cit.*, punto 252.

⁹³⁸ *Ibidem*, p. 7.

Commissione, non è dato conoscerne le ragioni. Secondo parte della dottrina⁹³⁹, poi, gli importi di base indicati negli Orientamenti avrebbero dovuto indicare l'importo totale della sanzione e non quello di partenza.

In secondo luogo, le esigenze di trasparenza e certezza non possono dirsi raggiunte. Raramente gli importi indicati hanno costituito la base di calcolo per il calcolo dell'ammenda⁹⁴⁰. E' stato infatti posto in rilievo⁹⁴¹ come la Commissione abbia spesso utilizzato anche altri parametri, non espressamente menzionati negli Orientamenti. La Commissione, infatti, sotto il cappello della proporzionalità, non ha esitato a procedere alla divisione delle imprese in gruppi in funzione delle loro dimensioni, provocando così trattamenti differenziati⁹⁴², in quanto a parità di gravità di infrazione le imprese si sono viste comminare importi notevolmente diversi. Il calcolo dell'ammenda pareva quindi dipendere unicamente dalla relazione esistente, in termini di fatturato, con l'impresa di dimensioni maggiori⁹⁴³. Le censure hanno riguardato l'individuazione del fatturato preso in considerazione per determinare la 'grandezza' di un'impresa. Una volta stabilito qual era l'impresa con dimensioni maggiori, spesso opinatamente, visto che per alcune il fatturato preso a riferimento era quello relativo al mercato rilevante, mentre altre volte era quello globale, la Commissione provvedeva poi alla suddivisione in gruppi in base alla grandezza, al fine della determinazione dell'importo di base. Il metodo della suddivisione in gruppi non è però stato ritenuto censurabile, anche se comporta una determinazione forfetaria dell'importo base fissato per le imprese appartenenti ad una stessa categoria, ancorché porti ad ignorare le differenze di dimensioni tra le imprese di una stessa categoria⁹⁴⁴.

⁹³⁹ D. GERARDIN – D. HENRY, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁴⁰ A tal proposito è stato rilevato (M. DEBROUX, *op. cit.*, p. 10) che la molteplicità dei criteri presi in considerazione nella determinazione dell'ammenda e l'ampia discrezionalità della Commissione rende particolarmente aleatorio la stima del *quantum* della sanzione. La trasparenza ricercata dalle istituzioni comunitarie permette, al limite, di identificare ordini di grandezza approssimativi, ma la prassi in materia di sanzioni rimane lontano dalla prevedibilità.

⁹⁴¹ D. GERARDIN – D. HENRY, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁴² *Ibidem*. Sulla prassi (e le censure) del *grouping*, si veda *infra* cap. 3.

⁹⁴³ Cfr. in questo senso sentenza del Tribunale del 19 marzo 2003, *CMA CGM* e a. c. Commissione, in *Racc.*, 2003, p. II- 913, punto 413 in cui la Commissione ha diviso le imprese in gruppi in base alla proporzione in termini di dimensioni sussistente con l'impresa più grande.

⁹⁴⁴ Sentenza *CMA CGM* cit. punto 382; sent. *Tokai Carbon* del 29 aprile 2004, *cit.*, punto 217; sentenza *BASF* cit., punto 150.

L'opacità ed incoerenza⁹⁴⁵ della prassi decisionale della Commissione non ha avuto altro effetto che quello di aumentare il contenzioso⁹⁴⁶, soprattutto con riferimento ad asserite violazioni del principio di uguaglianza e parità di trattamento, visto che fino ad oggi i giudici comunitari non ha mai utilizzato il loro potere di "piena giurisdizione" per condurre ad aumenti di pena. Queste critiche hanno riguardato, ancora una volta, la pratica della classificazione delle imprese in gruppi. Come sopra esposto, la pratica del cd. *grouping* è stata sì ritenuta legittima, ma a condizione del rispetto dei principi di proporzionalità e parità di trattamento. La verifica spettante agli organi giudiziari si limita unicamente alla verifica che la ripartizione sia coerente ed obiettivamente giustificata⁹⁴⁷ e che non comporti una rappresentazione "grossolanamente alterata" dei mercati in questione⁹⁴⁸.

Inoltre, l'istituzione comunitaria ha proceduto ad un aumento delle sanzioni in maniera esponenziale utilizzando un coefficiente moltiplicatore al fine di deterrenza, fissato in relazione alle dimensioni ed alle risorse complessive dell'impresa, senza dare conto delle ragioni che l'avevano indotta ad utilizzare una data percentuale piuttosto che un'altra⁹⁴⁹.

⁹⁴⁵ D. GERARDIN – D. HENRY, *op. cit.*, p. 3. Cfr. Sentenza *BASF cit.*, punti 11-114, in cui la Commissione ha dato atto solamente nel corso dell'impugnazione della decisione delle modalità utilizzate per la quantificazione dell'importo di base nei vari gruppi in cui aveva suddiviso le società che avevano partecipato al cartello *Vitamine*. In particolare, la Commissione ha esplicitato di aver calcolato l'importo base in funzione delle differenze esistenti, in termini di quota di mercato, tra i gruppi in cui erano state poste le imprese, ossia in funzione del rapporto tra la media del volume d'affari rilevanti delle imprese classificate in una determinata categoria e la media dei volumi d'affari rilevanti delle imprese classificate nella prima categoria.

⁹⁴⁶ Per ampi riferimenti si veda D. GERARDIN – D. HENRY, *op. cit.*, p. 3 e ss..

⁹⁴⁷ Sent. *BASF cit.*, punto 157.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, punto 159.

⁹⁴⁹ *Ibidem*, punti 192-195, in cui l'impresa ha altresì sottolineato come (punto 196) aumenti a titolo di dissuasione sarebbero contrari agli stessi Orientamenti e alla tutela del legittimo affidamento. Secondo la tesi difensiva, infatti, in base agli Orientamenti la dissuasione sarebbe uno degli elementi che la Commissione può utilizzare per determinare l'importo base dell'ammenda per le infrazioni molto gravi. Il coefficiente moltiplicatore è stato censurato anche in relazione alle sue modalità applicative, poiché la Commissione lo ha applicato all'importo base dell'ammenda, dunque prima degli aggiustamenti in considerazione della durata e delle eventuali circostanze attenuanti o aggravanti. Solo al termine di questo calcolo, secondo la ricorrente, la Commissione sarebbe stata in grado di valutare la necessità di un ulteriore aumento al fine di garantire un sufficiente effetto dissuasivo. Il Tribunale ha respinto tale censura rilevando come (punto 226) la finalità dissuasiva costituisce una finalità dell'ammenda e "la necessità di garantirla costituisce un'esigenza generale che deve guidare la Commissione durante tutta la fase di calcolo dell'ammenda e non richiede necessariamente che tale calcolo sia caratterizzato da una specifica tappa destinata ad una valutazione globale di tutte le circostanze pertinenti al fine della realizzazione della detta finalità".

Infine, gli Orientamenti sono anche stati criticati per la vaghezza della terminologia utilizzata⁹⁵⁰ che lasciava comunque alla Commissione un ampio margine discrezionale e che quindi era lungi dal rappresentare le esigenze di certezza tanto richieste dalle imprese.

16. Nuovi Orientamenti per il calcolo delle ammende

Come già accennato, la Commissione ha recentemente emanato nuovi Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23 paragrafo 2, lett. a) del regolamento (CE) n. 1/2003⁹⁵¹. I nuovi Orientamenti, appaiono, ad una prima lettura, dotati di una maggiore giustificazione sul piano economico, in quanto non prendono più come riferimento per l'importo di base una somma forfetaria, ma si basano su di una percentuale del valore delle vendite a cui l'infrazione si riferisce⁹⁵².

La Commissione, richiamandosi alla giurisprudenza, ha nuovamente affermato che il fine della sua missione in materia di concorrenza consiste nell'indagare sulle infrazioni e sanzionarle e nel perseguire una politica generale di concorrenza che funga anche da orientamento per il comportamento delle imprese. In particolare, essa ha rilevato che per adempiere a tale compito occorre perseguire sia esigenze di dissuasione specifica, ovvero sanzionare le imprese che hanno commesso l'infrazione, sia di dissuasione generale, ovvero dissuadere altre imprese dall'assumere o commettere comportamenti contrari agli articoli 81 e 82 CE. Al fine di conseguire in maniera adeguata tali obiettivi, la Commissione reputa opportuno basarsi per la determinazione dell'ammenda sul valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione e sulla durata della stessa. La combinazione di tali elementi sarebbe in grado, dunque, di fornire un parametro adeguato *“per esprimere l'importanza economica dell'infrazione nonché il peso relativo di ciascuna impresa che vi ha partecipato”*⁹⁵³.

Gli Orientamenti contengono, molto opportunamente, anche un'indicazione circa la metodologia da seguire per calcolare il valore delle

⁹⁵⁰ D. GERARDIN – D. HENRY, *op.cit.*, p. 13; R. RICHARDSON, *op. cit.*, p. 365.

⁹⁵¹ In *GU* del 1.9.2006 C 210 pagg. 2 e ss..

⁹⁵² Il riferimento al guadagno pareva essere stato assunto quale parametro di riferimento oer la determinazione dell'entità dell'ammenda prima dell'adozione degli Orientamenti del 1998. Cfr. sul punto XXI Rapporto sulla concorrenza, 1991, p. 139.

⁹⁵³ Punto 6 Orientamenti.

vendite dei beni o servizi ai quali l'infrazione direttamente si riferisce. In primo luogo, esso dovrà essere calcolato tenendo in considerazione l'ambito geografico interessato all'interno dello Spazio economico europeo. Nel caso di infrazioni che superino il territorio del SEE, gli Orientamenti danno atto del fatto che le sole vendite all'interno del SEE potrebbero non riflettere in maniera adeguata il peso di ciascuna impresa nell'infrazione. La Commissione può pertanto "stimare" il valore totale delle vendite riferite ai beni o servizi coinvolti nell'infrazione nell'area geografica interessata più ampia del SEE; poi può determinare la quota delle vendite di ogni impresa sul mercato geografico rilevante ed applicare tale quota alle vendite aggregate all'interno del SEE.

Il valore delle vendite delle associazioni di imprese, sarà fornito dalla somma delle vendite dei membri dell'associazione stessa.

Con riferimento all'ambito temporale, il valore delle vendite dovrà essere calcolato sulla base delle vendite realizzate dall'impresa durante l'ultimo anno in cui ha partecipato all'infrazione. Per la determinazione di tali valori, la Commissione dovrà basarsi sui dati migliori disponibili di ogni impresa o, in mancanza o in caso di inattendibilità degli stessi, di dati parziali o di ogni altra informazione pertinente o appropriata. Il valore delle vendite dovrà poi essere calcolato al netto dell'IVA.

Una volta determinato il valore delle vendite secondo la procedura sopra descritta, gli Orientamenti prevedono⁹⁵⁴ che l'importo di base dell'ammenda debba essere costituito da una proporzione secondo una forcella dall'1% al 30% del valore delle vendite a seconda della gravità dell'infrazione⁹⁵⁵, moltiplicata per il numero di anni dell'infrazione. Al fine di determinare la percentuale nell'ambito della forcella prevista, la Commissione dovrà tenere conto di diversi fattori, come la natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese coinvolte nell'infrazione, l'estensione della stessa e se sia stata data o meno attuazione alle pratiche illecite. Una volta determinata la percentuale del fatturato, occorrerà moltiplicare per il numero di anni di durata dell'infrazione.

La maggiore novità degli Orientamenti consiste nella previsione della cd. "*entry fee*". Viene infatti stabilito che, a prescindere dalla durata

⁹⁵⁴ Punti 19-26 degli Orientamenti.

⁹⁵⁵ Secondo quanto stabilito nel punto 23 degli Orientamenti, gli accordi orizzontali dovranno essere sanzionati più gravemente.

dell'infrazione, la Commissione aumenterà l'importo di base di una somma compresa tra il 15% ed il 25% del volume delle vendite al fine di "dissuadere ulteriormente le imprese dal prendere parte ad accordi orizzontali, di fissazione di prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione"⁹⁵⁶. Tale somma potrà essere applicata anche ad altre tipologie di infrazioni, secondo una valutazione discrezionale della Commissione.

Prendendo atto della pratica del *grouping* e di tutte le censure che ne sono conseguite⁹⁵⁷, gli Orientamenti prevedono espressamente la possibilità di applicare importi di base uguali anche nel caso in cui il valore delle vendite delle imprese coinvolte sia differente.

La Commissione potrà poi, in base ad una valutazione globale, provvedere ad adeguamenti verso l'alto o verso il basso dell'ammenda così determinata.

Gli Orientamenti passano poi ad elencare le circostanze aggravanti ed attenuanti. Tra le prime, vengono annoverati la recidiva⁹⁵⁸, ostruzionismo o rifiuto di collaborazione durante le indagini, il ruolo di capofila o istigatore. Tra le seconde, sono menzionate l'aiuto nel fornire la prova dell'infrazione (tranne il caso in cui si tratti di un cartello) o comunque atteggiamento collaborativi durante le indagini, la prova che l'infrazione è stata commessa per mera negligenza, partecipazione marginale, non applicazione dell'accordo o il fatto che il comportamento anticoncorrenziale sia stato autorizzato o incoraggiato da autorità pubbliche. Il fatto che la partecipazione di un'impresa ad un accordo sia avvenuta per un tempo inferiore rispetto alle altre non giustifica, invece, alcuna riduzione.

La Commissione, al fine di perseguire l'effetto deterrente, potrà anche aumentare l'ammenda così calcolata, soprattutto nei casi in cui il fatturato relativo alle vendite sia relativamente piccolo rispetto a quello globale dell'impresa coinvolta⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ Punto 25 degli Orientamenti.

⁹⁵⁷ Vedi *infra* cap. 3.

⁹⁵⁸ Nel caso in cui un'impresa continui o ripeta la stessa infrazione o un'infrazione simile dopo che la Commissione o un'Autorità Nazionale garante della Concorrenza hanno constatato un violazione del diritto della concorrenza, potrà essere applicata una maggiorazione fino al 100%.

⁹⁵⁹ H. DE BROCA, *Les nouvelles Lignes directrices de la Commission en matière d'amendes*, in *Revue de droit de la concurrence*, 2006, p. 37, evidenzia come, a differenza degli Orientamenti del 1998, il moltiplicatore non viene applicato all'importo di base, ma al termine di tutto il procedimento di calcolo delle ammende.

Gli Orientamenti permettono alla Commissione di poter valutare, in particolari circostanze, anche la capacità contributiva dell'impresa. La Commissione potrà infliggere ammende simboliche.

Innovando rispetto al passato, viene espressamente previsto che in casi particolari o per raggiungere un determinato effetto dissuasivo, la Commissione potrà discostarsi dagli Orientamenti.

Ratione temporis, essi si applicheranno a tutti i procedimenti nei quali la comunicazione degli addebiti venga notificata dopo la loro pubblicazione.

17. Prime considerazioni sui nuovi Orientamenti

Secondo un'opinione autorevole⁹⁶⁰, gli Orientamenti dovrebbero consentire alla Commissione di seguire una politica coerente in materia di ammende e di evitare di accordare trattamenti particolari a una determinata impresa. Essi dovrebbero consentire, inoltre, alle imprese interessate di comprendere la *ratio* che ha condotto all'imposizione di una determinata ammenda e, teoricamente, di ridurre il contenzioso. L'applicazione coerente della politica sanzionatoria può anche condurre a rinforzare l'efficacia morale dell'imposizione di ammende. Infine, possono facilitare il compito dei giudici di verificare il rispetto della parità di trattamento. Solo la prassi applicativa potrà consentire di verificare se effettivamente detti nuovi Orientamenti siano in grado di soddisfare le esigenze sopra menzionate.

Durante la vigenza degli Orientamenti del 1998 è stato osservato⁹⁶¹ come la Commissione avrebbe dovuto tenere maggiormente in considerazione gli effetti economici dell'illecito, anche ai fini della commisurazione dell'entità dell'infrazione. I nuovi Orientamenti paiono seguire questa linea di pensiero.

Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto esistono due differenti approcci volti al calcolo della sanzione ottimale⁹⁶²: uno consente di

⁹⁶⁰ W. P. J. WILS, *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A legal and Economic Analysis*, in corso di pubblicazione su *World Competition* 2007.

⁹⁶¹ R. RICHARDSON, *op. cit.*, p. 366.

⁹⁶² W. P. J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, *World Competition*, 2006, pp. 183 e ss..

internalizzare i costi sociali dei comportamenti individuali⁹⁶³ ed uno si basa invece sulla deterrenza. La scelta di uno dei due degli approcci sopra menzionati è particolarmente importante in quanto essi prevedono due modalità di calcolo distinte delle sanzioni.

Il primo approccio viene proposto da Becker⁹⁶⁴ sulla base della teoria utilitaristica. Tale teoria prevede che una sanzione risulta efficiente se la sua capacità dissuasiva si esercita solo nei confronti di quei comportamenti che riducono il benessere sociale, inteso quale benessere della totalità dei produttori e della totalità dei consumatori; la sanzione ottimale è, quindi, quella che induce i soggetti a porre in essere comportamenti i cui esiti sociali soddisfano il criterio del massimo benessere⁹⁶⁵. Ciò si verifica quando la sanzione è uguale al danno sociale moltiplicato per l'inverso delle probabilità di accertamento dell'illecito. Secondo questa prospettiva, se il beneficio che deriva dal compimento di un certo atto è superiore al danno sociale, allora il comportamento dovrà dirsi efficiente e non potrà essere sanzionato. Il parametro del danno induce ogni soggetto ad includere, nella propria analisi di costi e benefici, anche il danno sociale procurato con il suo comportamento, proprio perché detto comportamento dà luogo ad una esternalità negativa⁹⁶⁶, ossia il danno sociale. La sanzione basata su detto elemento consente dunque di internalizzare i costi sociali ed incentiva ciascun soggetto *“quando massimizza il proprio benessere individuale, a comportarsi in maniera efficiente, cioè conforme con la massimizzazione del benessere collettivo”*⁹⁶⁷. Con queste modalità, in pratica, si fissa un “prezzo” per il compimento di un determinato atto: se il beneficio atteso dal privato è superiore a detto prezzo, un soggetto può commettere quella determinata azione. Con tale teoria si inducono i soggetti a commettere violazioni “efficienti” i cui benefici totali sono superiori ai costi totali, mentre si dissuade il compimento di violazioni “inefficienti”, ossia quelle i cui costi eccedono i benefici⁹⁶⁸.

⁹⁶³ M. GRILLO, *L'ottimalità delle sanzioni antitrust*, paper presentato in occasione della Conferenza *Analisi Economica e Diritto Amministrativo*, Venezia, Fondazione Giorgio Cini, 28-29 settembre 2006.

⁹⁶⁴ G. S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economy*, 1968, pp. 169 e ss.; W. M. LANDES, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, *The University of Chicago Review*, 1983, pp. 652 e ss..

⁹⁶⁵ M. GRILLO, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁶⁶ *Ibidem*, p. 12.

⁹⁶⁷ *Ibidem*.

⁹⁶⁸ W. P. J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 172.

Il secondo approccio, invece, si basa sulla deterrenza e prevede che la sanzione ottimale debba essere calcolata prendendo come parametro di riferimento il guadagno ottenuto con l'illecito. In questo modo la sanzione sarà data dal guadagno atteso dalla violazione moltiplicato per l'inverso delle probabilità di accertamento della stessa⁹⁶⁹.

Secondo quanto evidenziato da parte della dottrina⁹⁷⁰, i due approcci sopra esposti riflettono due differenti visioni degli obiettivi del diritto antitrust. Il primo, basato sulla "internalizzazione dei costi" si rifà al pensiero della scuola di Chicago, in base al quale detto obiettivo consiste nella massimizzazione del benessere sociale e/o efficienza economica totale⁹⁷¹. Appare una logica conseguenza, dunque, l'internalizzazione del costo poiché esso consente di fornire uguale peso al benessere sia di chi commette illeciti antitrust sia delle vittime di tale illecito. Il secondo, basato sulla deterrenza, consente invece di avere una visione più ampia degli obiettivi del diritto antitrust, che ricomprendono anche l'impedire che imprese con potere di mercato si appropriino del benessere dei consumatori, la protezione dei consumatori e della loro possibilità di scelta all'interno del mercato, la struttura concorrenziale del mercato. Secondo tale prospettiva, dunque, occorre sanzionare tutti i comportamenti che possono arrecare pregiudizio a tali valori, senza alcuna considerazione se il guadagno di chi commette l'illecito è superiore al danno sociale⁹⁷² e quindi, in ultima analisi, si sia in presenza di un comportamento "efficiente".

La medesima dottrina⁹⁷³ ha altresì evidenziato come i due approcci sopra descritti si differenzino anche sotto il profilo del grado di riprovevolezza sociale degli illeciti antitrust: in particolare, l'internalizzazione stabilisce un "prezzo" per fare ciò che è permesso, mentre la deterrenza cerca di sanzionare ciò che è proibito.

Infine, dal punto di vista pratico, è pressoché impossibile individuare con un sufficiente grado di certezza il danno causato alla società da un illecito antitrust, mentre risulta un po' più semplice calcolare, anche a livello di mera approssimazione, il guadagno ottenuto. Il fatturato dell'impresa coinvolta può

⁹⁶⁹ *Ibidem.*

⁹⁷⁰ *Ibidem.*

⁹⁷¹ *Ibidem.*

⁹⁷² *Ibidem.*

⁹⁷³ *Ibidem.*

infatti rappresentare il beneficio che essa ottiene dal comportamento commesso in violazione della legge, anche se a rigore, il guadagno dovrebbe essere calcolato non su tutto il fatturato ma sulla maggiorazione di prezzo che si è avuta in virtù dell'illecito antitrust rapportata al prezzo che si sarebbe avuto in assenza di detto illecito.

La Commissione con i nuovi Orientamenti, prendendo in considerazione come base di calcolo una percentuale del valore delle vendite dei beni oggetto dell'infrazione, pare dunque avere aderito all'approccio della deterrenza, fornendo così una razionalità economica al calcolo delle ammende antitrust⁹⁷⁴.

I nuovi Orientamenti paiono anche avvicinarsi alla metodologia adottata dagli USA per il calcolo delle sanzioni antitrust. Nel 1984 il Congresso americano ha creato la *United States Sentencing Commission* al fine di uniformare la politica sanzionatoria per il sistema di giustizia federale. La *US Sentencing Commission* ha pertanto proceduto all'emanazione delle "*Guidelines Manual*"⁹⁷⁵. Per le sanzioni relative ad illeciti antitrust – che nell'ordinamento americano sono qualificati come reati – le *Guidelines* prevedono di calcolare la sanzione all'interno dei limiti edittali previsti, su di una base di partenza pari al 20% del volume degli affari connessi all'infrazione⁹⁷⁶. La *ratio* sottesa a tale modalità di calcolo viene individuata nel fatto che collegare il grado dell'illecito alla magnitudine del "guadagno" consente di assicurare che la sanzione sia punitiva e che funga da incentivo a

⁹⁷⁴ A tal proposito, deve essere rilevato che, secondo parte della dottrina (M. GRILLO, *op. cit.*, p. 20), l'aver fissato con gli Orientamenti del 1998 l'ammontare base della sanzione in un valore assoluto, rapportato alla gravità e durata, rendeva la procedura compatibile con la teoria dell'internalizzazione.

⁹⁷⁵ L'ultima versione è del 27 ottobre 2005, reperibile sul sito www.ussc.gov. Le *Guidelines* sono state di recente dichiarate parzialmente incostituzionali nella misura in cui prevedevano l'obbligatorietà della loro applicazione, *United States v. Booker*, N. 04-104 del 12 gennaio 2005, 125 S. Ct. 738 (2005).

⁹⁷⁶ Tale percentuale viene giustificata sulla base delle seguenti considerazioni: "*it is estimated that the average gain from price-fixing is 10 percent of the selling price. The loss from price-fixing exceeds the gain because, among other things, injury is inflicted upon customer who are unable or for other reasons do not buy the products at the higher prices. Because the loss from price-fixing exceeds the gain, subsection (d) (1) provides that 20 percent of the volume of affected commerce is to be used in lieu of the pecuniary loss. [in calculating a base fine]. The purpose for specifying a per cent of the volume of commerce is to avoid time and expenses that would be required for the court to determine the actual gain or loss. In cases in which the actual monopoly overcharge appears to be either substantially more or substantially less than 10 percent, this factor should be considered in setting the fine within the Guideline fine range*".

desistere da altre violazioni. Il livello della sanzione non viene dunque calcolato direttamente sulla base del danno sociale o del guadagno ottenuto dall'impresa, poiché tale valori risultano *"difficult and time consuming to establish"*. Il volume di affari direttamente connessi con l'infrazione appare quindi *"acceptable and more readily measurable substitute. The limited empirical data available as to pre-guidelines practice showed that fines increased with the volume of commerce and the term of imprisonment probably did as well"*.

Le *Guidelines* prevedono poi dei moltiplicatori, al fine di fissare la sanzione ad un importo tale per cui esso possa coprire il profitto monopolistico e possa avere un sufficiente effetto deterrente.

Viene stabilito che detto moltiplicatore non debba essere inferiore a 0.75; esso viene stabilito sulla base di un *"culpability score"*⁹⁷⁷, ossia sia sul grado di colpevolezza del soggetto agente. Con particolare riferimento alle persone giuridiche, le *guidelines* espressamente riconoscono che *"the increased culpability score (...) are based on three interrelated principles. First, an organization is more culpable when individuals who manages the organization or who have substantial discretion in acting for the organization participate in, condone, or are willfully ignorant of criminal conduct. Second, as organization become larger and their managements become more professional, participation in, condonation of, wilful ignorance of criminal conduct by such management is increasingly a breach of trust or abuse of position. Third, as organizations increase in size, the risk of criminal conduct beyond that reflect in the instant offense also increase whenever management's tolerance of that offense is pervasive. Because of this continuum of size of organizations and professionalization of management, subsection (B) gradually increases the culpability score based upon the size of the organization and the level and extent of the substantial authority personnel involvement"*.

I nuovi Orientamenti, invece, non paiono essere così dettagliati nella descrizione delle modalità di calcolo e di applicazione del moltiplicatore, che sino ad oggi ha creato un contenzioso notevole. La Commissione avrebbe forse potuto cercare di esplicitare con maggiori dettagli le percentuali della *entry fee* e del moltiplicatore.

⁹⁷⁷ §8C2.6 *Sentencing Guidelines*.

18. Programmi di clemenza: considerazioni generali

Con la locuzione programmi di clemenza si intendono quegli incentivi, in termini di riduzione dell'ammenda che verrebbe imposta in assenza di cooperazione, proposti dalle Autorità garanti della concorrenza al fine di incentivare le imprese ad autodenunciare gli accordi segreti di cui sono parte⁹⁷⁸. Tipicamente, i programmi di clemenza si applicano unicamente a determinati tipi di infrazioni del diritto antitrust ed in particolare ai cartelli, che per loro natura sono segreti e difficili da scoprire. Una delle modalità per combattere questi illeciti consiste proprio nel “*penetrate their cloak of secrecy*”⁹⁷⁹. I programmi di clemenza mirano, infatti, ad aumentare la naturale instabilità dei cartelli, incentivando i partecipanti ad uscirne per primi e denunciarli alle autorità di concorrenza⁹⁸⁰.

Le intese orizzontali volte alla fissazione dei prezzi o alla compartimentazione del mercato vengono, infatti, considerate come le violazioni più gravi del diritto antitrust, quelle che maggiormente possono arrecare pregiudizio al benessere collettivo⁹⁸¹. I programmi di clemenza offrendo l'immunità o una riduzione delle sanzioni astrattamente applicabili ai partecipanti di suddetti illeciti che decidono di ‘confessare’, permettono alle autorità della concorrenza di venire a conoscenza dell'esistenza dell'infrazione e facilitano la scoperta e la punizione della stessa⁹⁸². Lo scopo principale di

⁹⁷⁸ I primi programmi di clemenza sono stati creati negli Stati Uniti e l'ultima versione è quella del 1993, US Department of Justice, Corporate Leniency Policy, 10 agosto 1993, reperibile sul sito www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf. Per maggiori riferimenti si veda W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in corso di pubblicazione in *World Competition* 2007, vol. 30, n. 1, *paper* presentato alla 25° *Conference on New Political Economy, Frontiers of EC Antitrust Enforcement: The More Economic Approach*, Saarbrücken, 12-14 Ottobre 2006; F. GHEZZI – M. POLO, *op. cit.*

⁹⁷⁹ OECD, *Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels, Using Leniency to crack hard-core cartels*, del 27 aprile 2001.

⁹⁸⁰ L. PROSPERETTI – M. SIRAGUSA – M. BERETTA – M. MERINI, *Economia e Diritto Antitrust. Un'introduzione*, Roma, 2006, p. 77.

⁹⁸¹ *Ibidem*. Successivamente, nel Report del 2002 dell'OECD “*Fighting Hard-Core Cartels. Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*”, p. 79 i cartelli sono “*universally recognised as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Moreover, they offer no legitimate economic or social benefit that would justify the losses that they generate. Thus, they are condemned in all competition law; in some countries they have classified as a crime. Sophisticated cartel operators know that their conduct is unlawful and so they conduct their business in secret, sometimes taking great pains to keep their agreement from the public and from law enforcement officials*”.

⁹⁸² Con riferimento al fatto che gli istituti premiali come i programmi di clemenza presterebbero il fianco a critiche circa l'effettività dell'azione degli organi posti a tutela della

questi programmi consiste nel permettere la scoperta di cartelli e sanzionarli, al fine di portare beneficio all'economia ed ai consumatori⁹⁸³. Questi programmi funzionano come il “bastone e la carota”: al fine di incentivare la confessione, la minaccia della sanzione deve essere severa al punto di far considerare conveniente fornire informazioni alle autorità antitrust piuttosto che sottostare alla sanzione stessa⁹⁸⁴. All'obiezione relativa al fatto che i programmi di clemenza possono costituire una disparità di trattamento tra i beneficiari dell'immunità e gli altri partecipanti al cartello che invece si vedono inflitta la sanzione, è stato osservato⁹⁸⁵ che la ‘genuina’, sincera ed effettiva collaborazione permette di distinguere le diverse situazioni e di sfuggire a questa censura.

La certezza e la chiarezza dei programmi di clemenza rivestono un'importanza fondamentale⁹⁸⁶ per il loro successo, poiché solo quando

concorrenza, è stato osservato (OECD, cit., punto 45) “*an objection to leniency, similar to an objection sometimes raised against ‘plea bargain’ is that law enforcement agencies that take less that vigorous action against violations are improperly shirking their duties. In such a conception of jurisprudence, the enforcer has no discretion to moderate the law’s application. But few if any agencies could function effectively subject to such expectation. Some prioritising and balancing of costs and benefits in the enforcement process is inevitable. The European Commission addresses this objection directly, finding that ‘the interest of consumers and citizens in ensuring that [cartel] practice are detected and prohibited outweigh the interest in fining those enterprises which co-operate with the Commission, thereby enabling or helping it to detect and prohibit a cartel’*”. A similar statement appears in UK program. It is likely that the overall enforcement effectiveness and compliance will improve, as leniency for few participant makes it possible to apply the law more thoroughly to others”. Con riferimento, invece, ad una supposta inequità consistente nel garantire l'immunità ad un soggetto colpevole che semplicemente confessava per primo, la medesima Organizzazione ha sottolineato come il fatto che gli altri partecipanti al cartello vengano invece sanzionati proprio grazie a quella confessione, rivesta un sufficiente grado di giustificazione. Nello stesso senso si veda anche W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, op. cit., p. 31 in cui ha evidenziato l'importanza di indentificare con precisione le condizioni per godere dell'immunità.

⁹⁸³ F. GHEZZI – M. POLO, *Osservazioni sulla politica sanzionatoria della Commissione in materia antitrust: la Comunicazione sulla non imposizione di ammende*, in Riv. soc., 1998, p. 635, hanno evidenziato che “(...) appare sempre più complesso individuare le intese segrete e penetrare nel ‘muro di silenzio’ che le circonda. E’ noto, infatti, che le imprese che intendono tenere celati i propri accordi e comportamenti sul mercato sono ormai in grado di utilizzare strumenti molto sofisticati, non solo per impedire alle autorità di raccogliere indizi e prove sufficienti dell’esistenza di un cartello (dalla distruzione dei documenti, all’organizzazione di ispezioni false per istruire il personale su come occultare efficacemente le prove relative alle intese illecite, all’utilizzo delle moderne tecnologie dell’informazione), ma anche per rappresentare il proprio comportamento non come una concertazione di natura collusiva, bensì come intelligente adattamento alle condizioni di mercato”.

⁹⁸⁴ OECD, 2002, cit., p. 85.

⁹⁸⁵ W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, op. cit., p. 32.

⁹⁸⁶ OECD 2002, punto 35.

un'impresa può sapere in anticipo le esatte modalità di applicazione del programma e le riduzioni di pena di cui può beneficiare, può essere realmente incentivata a 'confessare'.

Un'obiezione preliminare che è sorta in relazione ai programmi di clemenza attiene al diritto delle imprese di astenersi dal testimoniare contro se stesse. Come noto, tale principio è riconosciuto anche nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza. La Corte ha affermato che la Commissione non può imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza di una trasgressione del diritto della concorrenza, compito questo spettante alla Commissione⁹⁸⁷. Ciò non esclude

⁹⁸⁷ Sentenza della Corte del 18 ottobre 1989, *Orkem SA* c. Commissione, causa 374/87, in *Racc.*, 1989, p. 3282, punto 35; sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft MbH* c. Commissione, causa T- 347/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1781; sentenza del Tribunale del 20 aprile 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij Nv* c. Commissione, cause riunite T-305/94, T-306/94, T-307/94, da T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94, T-335/94, in *Racc.*, 1999, p. II-831, punto 449. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale *Geelhoed*, presentate il 19 gennaio 2006, nella causa C-301/04P, Commissione c. *SGL Carbon*, confermate dalla successiva pronuncia della Corte del 29 giugno 2006, non ancora pubblicata in *Raccolta*, è stato ribadito che l'obbligo di collaborare con la Commissione non implica che l'impresa debba testimoniare contro se stessa ammettendo di aver commesso infrazione alle norme sulla concorrenza (punto 46). La giurisprudenza della Corte avrebbe in proposito distinto tra le domande, da un lato, e la produzione di documenti dall'altro. Nel primo caso, la Corte ha stabilito che la Commissione può obbligare un'impresa a rispondere a domande di natura fattuale, non può costringerla a fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, potendo invocare il diritto al silenzio. Nel secondo caso, invece, l'impresa deve fornire tutti i documenti richiesti, anche nel caso in cui possa essere utilizzati per accertare l'esistenza di un'infrazione (punto 47). L'Avvocato Generale ha anche ribadito la piena legittimità del programma di clemenza, poiché la collaborazione dell'impresa avviene su base volontaria.

L'Avvocato Generale ha altresì rilevato come non sussistessero ragioni per mutare la giurisprudenza esiste sul punto ed allinearla così a quella della Corte di Strasburgo per diverse ragioni. In primo luogo, ha considerato inconferente quella giurisprudenza in quanto essa si riferiva a persone fisiche sottoposte a procedimenti penali, mentre il diritto della concorrenza riguarda le imprese (punto 63); in secondo luogo, ha rilevato come effettivamente la Corte europea dei diritti dell'uomo avesse esteso alcuni diritti alle persone giuridiche, ma con talune differenziazioni; in terzo luogo, ha affermato che la richiesta di documenti non appare in contrasto con il diritto al silenzio, poiché anche la Corte di Strasburgo ha ammesso che il diritto a non autoincriminarsi riguarda principalmente la volontà degli imputati di rimanere in silenzio, ma tale diritto non si estende all'uso di elementi che possono essere ottenuti dall'imputato mediante l'impiego di poteri coercitivi e che abbiano un'esistenza indipendente dalla volontà del sospetto, come documenti acquisiti con un mandato. L'Avvocato Generale ha proseguito affermando che (punto 67) "(...) l'interazione tra i diritti fondamentali delle persone giuridiche e le misure a garanzia della concorrenza continua a costituire un esercizio di ponderazione: sono in gioco la protezione dei diritti fondamentali, da un lato, e l'effettiva applicazione del diritto comunitario della concorrenza, dall'altro. Come ha dichiarato la Corte nella sentenza *Eco Swiss*, l'art. 81 CE costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno. L'art. 81 CE è parte di una politica dell'ordine pubblico.

però, nell'ambito di una richiesta di informazioni, la Commissione possa obbligare un'impresa a fornirle tutte le informazioni di cui essa disponga, anche se possono servire ad incriminarla. L'attenuazione del "diritto al silenzio" deriverebbe dal fatto che si tratta di infrazioni di natura economica, che riguardano persone giuridiche, per le quali tale diritto risulta affievolito. Affinché si sia in presenza di una violazione del diritto a non autoincriminarsi, occorre, infatti, che venga effettivamente esercitata una coercizione sul soggetto interessato per ottenere da quest'ultimo informazioni o elementi di prova atti a dimostrare l'infrazione⁹⁸⁸.

Con riferimento ai programmi di clemenza, è stato però osservato⁹⁸⁹ come, in ogni caso, essi non si pongano in contrasto con tale diritto al silenzio. Anche la Corte Europea dei diritti umani ha infatti riconosciuto la piena legittimità degli istituti premiali sulla base della considerazione che un soggetto rimane libero di auto-incriminarsi, se tale scelta viene effettuata in piena autonomia⁹⁹⁰. La Corte di Giustizia ha affermato, in proposito, che il fatto che un'impresa non collabori con la Commissione, e si limiti ad ottemperare a quanto previsto dalle norme applicabili, non comporta, per ciò stesso un aggravamento di pena⁹⁹¹ e che questo, pertanto, non possa essere considerato come una violazione dei diritti di difesa. Conseguentemente, i programmi di clemenza vengono ritenuti leciti: anche se le imprese vengono sollecitate a collaborare con la Commissione, in realtà non sono costrette a comunicare elementi di fatto o probatori, poiché la decisione di collaborare riveste sempre e comunque carattere volontario⁹⁹².

Qualora la Commissione non potesse più richiedere la produzione di documenti, la sua azione di applicazione del diritto della concorrenza nell'ordinamento comunitario verrebbe a dipendere, in larga misura, dalla cooperazione volontaria o dall'uso di altri mezzi di coercizione, come ad esempio le verifiche senza preavviso".

⁹⁸⁸ Sent. *Limburgse cit.*, punto 275; conclusioni dell'Avvocato Generale Léger presentate il 28 ottobre 2004 nelle cause riunite C-57/02P, C-65/02P, C-73/02 *ThyssenKrupp Stainless GmbH* e a c. Commissione, in *Racc.*, 2005, p. I-6689; sentenza della Corte europea dei diritti umani del 25 febbraio 1993, *Funke*, Serie A n. 256 A, par. 44.

⁹⁸⁹ W.P.J.WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 580.

⁹⁹⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, in *Reports*, 1996, VI, p. 2064.

⁹⁹¹ Sentenza della Corte del 16 novembre 2000, *Metsä-Serla c. Commissione*, causa C-298/98, in *Racc.*, 2000, p. I-10171, punto 58.

⁹⁹² Conclusioni Avvocato Generale Léger, caso *ThyssenKrupp cit.*, punto 138.

19. Comunicazione sulla non imposizione o riduzione di ammende del 1996

Nel 1996, la Commissione ha emanato la *Comunicazione sulla non imposizione di ammende o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese*⁹⁹³. Secondo parte della dottrina⁹⁹⁴, l'istituzione comunitaria si è determinata a prevedere un programma di clemenza sulla base di alcune considerazioni: in primo luogo, la Commissione aveva individuato nella lotta contro i cartelli uno dei suoi obiettivi primari; in secondo luogo, essa si era resa conto delle numerose difficoltà di raccogliere prove sufficienti per porre fine a tali tipologie di illecito, che per loro natura, sono segreti; in terzo luogo, essa aveva apprezzato la funzionalità del programma di clemenza americano del 1993; infine, la Commissione aveva compreso che la previsione di immunità per gli informatori poteva fungere da deterrente nella futura formazione di cartelli.

L'accordare un trattamento favorevole ai soggetti che informavano la Commissione di un'intesa illecita e che consentiva la scoperta della stessa veniva visto come particolarmente vantaggioso per i consumatori; l'interesse alla scoperta di tali illeciti era considerato come primario rispetto all'interesse di infliggere sanzioni⁹⁹⁵.

La Comunicazione prevedeva tre tipologie di trattamento favorevole: 1) la non imposizione o riduzione delle ammende; 2) un'importante riduzione dell'ammontare dell'ammenda; 3) una significativa riduzione dell'ammontare dell'ammenda. Detto trattamento veniva accordato solo per talune infrazioni del diritto della concorrenza ed in particolare le intese segrete volte alla fissazione dei prezzi, delle quote di produzione, della ripartizione dei mercati o al divieto di importazione e/o esportazione.

La non imposizione o una riduzione dell'ammenda pari almeno al 75% dell'ammontare che sarebbe stato inflitta in assenza di cooperazione, veniva prevista per le imprese che cumulativamente soddisfacevano le seguenti condizioni: a) l'impresa doveva essa la prima a denunciare l'intesa segreta,

⁹⁹³ In GUC 207 del 18.07.1996, pp. 4 e ss..

⁹⁹⁴ N. LEVY-R. O'DONOGHUE, The EU Leniency Programme Comes of Age, in World Competition, 2004, pp. 74 e ss..

⁹⁹⁵ Comunicazione cit, punto 4.

prima che la Commissione avesse proceduto ad accertamenti, previa decisione, presso le imprese coinvolte, e senza che essa avesse avuto a disposizione informazioni sufficienti per dimostrare l'intesa; b) l'impresa doveva fornire elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa; c) l'impresa doveva aver cessato la propria partecipazione all'intesa al momento in cui la denunciava; d) l'impresa doveva aver fornito alla Commissione tutte le informazioni utili e assicurare una permanente e totale cooperazione per tutto il corso dell'indagine; e) l'impresa non doveva aver costretto altre imprese a partecipare all'intesa né doveva aver svolto un ruolo di istigazione o comunque determinante nell'attività illecita.

Un'importante riduzione dell'ammenda dal 50% al 70% veniva accordata alle imprese che, soddisfatte i requisiti sopra elencati da b) a e), avevano denunciato l'intesa dopo gli accertamenti della Commissione, senza che essi avessero fornito risultati significativi e comunque sufficienti per giustificare l'avvio di un procedimento.

Una significativa riduzione dell'ammenda, ossia dal 10% al 50% veniva prevista nel caso di cooperazione dell'impresa, senza che essa avesse soddisfatto i requisiti previsti per le altre due tipologie di riduzione⁹⁹⁶.

20. Critiche alla Comunicazione del 1996

L'utilizzo dei programmi di clemenza ha ricevuto il formale avallo della Corte di giustizia la quale ha precisato che l'art. 17 par. 2 del regolamento n. 17/62 si limitava a predisporre una lista meramente esemplificativa degli elementi che dovevano essere tenuti in considerazione nella fissazione dell'importo dell'ammenda. Conseguentemente, la condotta di un'impresa durante il procedimento amministrativo ben poteva assumere rilevanza a tal fine⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ Il punto D della Comunicazione cit., prevedeva, in via esemplificativa, l'ipotesi in cui l'impresa avesse fornito, prima della comunicazione degli addebiti, informazioni, documenti ed altri elementi probatori volti a corroborare l'esistenza di una infrazione; oppure l'ipotesi in cui l'impresa, dopo aver ricevuto la comunicazione degli addebiti, non avesse contestato i fatti materiali su cui la Commissione fondava le proprie accuse.

⁹⁹⁷ Sentenza della Corte del 16 novembre 2000, *Metsä-Serla c. Commissione*, causa C-298/98, in *Racc.*, 2000, p. I-10171, punti 56-57. Con riferimento alla scelta dello strumento attraverso cui si è scelto di introdurre nell'ordinamento comunitario i programmi di clemenza, ossia uno strumento di *soft law*, in dottrina si (M. GHEZZI – M. POLO, *op. cit.*, p. 639) è rilevato come con esso non si intendeva introdurre un nuovo criterio per la determinazione dell'ammenda,

La Comunicazione del 1996 ha ricevuto numerose critiche relative alla mancanza di trasparenza, certezza e prevedibilità delle sue modalità applicative⁹⁹⁸. Il sistema così previsto non prevedeva infatti un meccanismo in base al quale l'impresa poteva farsi un'idea dei risultati della propria cooperazione al termine delle investigazioni della Commissione, la quale poteva decidere, in ipotesi, di non accordare alcuna immunità o riduzione dell'ammenda⁹⁹⁹. Un primo ordine di incertezze riguardava il fatto che le prove portate dall'impresa per poter beneficiare del trattamento favorevole dovevano essere *nuove e determinanti*¹⁰⁰⁰ per la scoperta dell'infrazione. Il requisito della novità poneva le imprese in una situazione di incertezza, poiché per loro era pressoché impossibile sapere gli elementi di cui già disponeva la Commissione. La certezza per le imprese è un requisito essenziale al fine del successo dei programmi di clemenza e per ottenere una proficua cooperazione delle imprese¹⁰⁰¹. Il requisito dell'importanza determinante poneva, poi, per l'impresa l'obbligo di presentare prove per lo più documentali¹⁰⁰², che potevano però essere andate distrutte nel corso degli anni. La ricerca della prova determinante poteva ritardare la comunicazione dell'impresa alla Commissione della propria volontà di collaborare e pregiudicare così, in modo irreparabile, la possibilità di non vedersi applicate ammende. La Comunicazione del 1996, infatti, prevedeva che solo la *prima* impresa che "confessava" poteva aver diritto ad una totale immunità dalla sanzione. Il criterio "*first-comer-in*"¹⁰⁰³, se da un lato poteva rendere i cartelli meno stabili e caratterizzati da un'atmosfera di incertezza su eventuali delatori¹⁰⁰⁴, dall'altro, non consentiva di fornire certezze in merito alla totale immunità perché non era dato sapere se altri avevano già provveduto a fornire

non previsto dall'art. 17, ma unicamente avallare la prassi della Commissione che comunque teneva in considerazione il comportamento delle imprese durante il procedimento amministrativo, al fine della valutazione della gravità dei singoli comportamenti e della responsabilità individuale delle imprese.

⁹⁹⁸ Cfr. sul punto J. CARLE – S. PERVAN LINDERBORG – E. SEGENMARK, *The new Leniency Notice*, in *E.C.L.R.*, 2002, pp. 265 e ss..

⁹⁹⁹ OECD, *Report on Leniency Programmes to fight hard core cartels*, cit., punto 35.

¹⁰⁰⁰ Cfr. sul punto sent. *BASF AG* cit., punto 484

¹⁰⁰¹ J. CARLE – S. PERVAN LINDERBORG – E. SEGENMARK, *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁰² Tale requisito è stato interpretato nel senso che l'impresa doveva fornire "*documentary evidence providing the existence of the cartel*": cfr. sul punto J. CARLE – S. PERVAN LINDERBORG – E. SEGENMARK, *op. cit.*, p. 270.

¹⁰⁰³ *Ibidem*, p. 266.

¹⁰⁰⁴ W.P.J. WILS, *The Commission Notice on the Non-Imposition or Reductions of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis*, in *European Law Review*, 1997, p. 133.

informazioni alla Commissione e quest'ultima non forniva certezze in merito alla totale immunità. Il concetto di "prova determinante", poi, dipendeva principalmente dalla discrezionalità della Commissione, non conoscibile a priori. Secondo i giudici comunitari, con detta locuzione dovevano intendersi non le prove di per sé sufficienti per dimostrare l'esistenza di un'infrazione¹⁰⁰⁵, ma prove comunque determinanti a provare l'esistenza dell'infrazione: pertanto, non doveva trattarsi "*semplicemente di una fonte di orientamento per le indagini che la Commissione deve effettuare, bensì di elementi che possano essere utilizzati direttamente come base probatoria principale per una decisione di constatazione di infrazione*"¹⁰⁰⁶.

La Commissione godeva di ampia discrezionalità in merito al *quantum* della riduzione delle ammende. Questo elemento poneva le imprese in una situazione di ulteriore incertezza, poiché non potevano prevedere esattamente l'ammontare della riduzione né, a volte, la stessa possibilità di ottenere una riduzione. Ciò costituiva un notevole disincentivo alle collaborazioni delle imprese¹⁰⁰⁷.

Anche il fatto di non essere stato l'istigatore poneva problemi interpretativi¹⁰⁰⁸, in quanto tale concetto non essendo sufficientemente determinato¹⁰⁰⁹ ha dato luogo a numerose questioni interpretative¹⁰¹⁰.

Il procedimento attraverso il quale l'impresa poteva accedere alla trattamento favorevole non veniva sufficientemente enunciato nella Comunicazione. Questa si limitava a stabilire che l'impresa che intendeva avvalersi del programma di clemenza, doveva mettersi in contatto con la Direzione Generale della Concorrenza della Commissione, per il tramite di un soggetto con poteri di rappresentanza dell'impresa. La Commissione, poi, espressamente prevedeva la possibilità di pronunciarsi sulla sussistenza o meno dei requisiti previsti per accedere al trattamento più favorevole, solo al termine del procedimento.

Questo creava ulteriori incertezze, soprattutto con riferimento alla

¹⁰⁰⁵ Sent. *BASF AG cit.*, punto 492.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*, punto 493.

¹⁰⁰⁷ C. KERSE – N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2005, p. 416 e ss., i quali sottolineano come la Comunicazione del 1996, a causa delle incertezze relative alla possibilità di concedere o meno l'immunità, non forniva dei chiari incentivi per le imprese a denunciare i propri comportamenti anticoncorrenziali.

¹⁰⁰⁸ Cfr. sent. *BASF cit.*, punto 274 e ss.. Per maggiori riferimenti vedi cap. 5.

¹⁰⁰⁹ N. LEVY – R. O'DONOGHUE, *The UE Leniency Programme Comes of Age*, cit., p. 79.

¹⁰¹⁰ Cfr. sul punto Capitolo 3.

possibilità di compiere dichiarazioni orali. A tal proposito, il Tribunale¹⁰¹¹ ha confermato questa modalità di informazione. Secondo la Commissione, invece, era preferibile ottenere dichiarazioni scritte, poiché ciò avrebbe potuto consentire alle altre imprese di far valere il proprio punto di vista sulle prove che la Commissione intendeva utilizzare contro di loro. Secondo i giudici comunitari, invece, la trasmissione orale doveva essere presa in considerazione al fine dell'applicazione dei benefici previsti dalla Comunicazione, in quanto essa doveva considerarsi riferita non solo ai documenti, ma anche alle informazioni orali¹⁰¹². Detta ultima modalità di trasmissione non avrebbe potuto rappresentare alcun inconveniente dal punto di vista della certezza del diritto, in quanto l'informazione fornita oralmente ad un'amministrazione pubblica nel contesto di una riunione può di regola essere raccolta e conservata mediante registrazione sonora e/o constatata per iscritto tramite la redazione di un verbale¹⁰¹³. Tuttavia, in mancanza di chiare disposizioni in proposito, lo stesso Tribunale ha rilevato come la trasmissione orale di informazioni, a causa proprio della necessità della collaborazione della Commissione, doveva essere considerata una modalità di cooperazione di regola meno rapida della trasmissione delle informazioni per iscritto, la quale non richiedeva alcuna cooperazione da parte della Commissione e non risultava quindi condizionata dalla disponibilità delle risorse dell'istituzione. L'impresa interessata, se sceglieva di trasmettere oralmente le informazioni, doveva pertanto sapere che correva il rischio che un'altra impresa facesse pervenire alla Commissione per iscritto e prima di lei, elementi determinanti per provare l'esistenza dell'intesa"¹⁰¹⁴.

L'adozione della Comunicazione poneva poi taluni problemi in relazione alla tutela del legittimo affidamento. La Commissione ne era ben conscia ed in proposito aveva esplicitamente ammesso di essere consapevole che la sua Comunicazione poteva creare "aspettative legittime" sulle quali avrebbero potuto fare affidamento le imprese che intendevano informarla dell'esistenza di un'impresa¹⁰¹⁵. I giudici comunitari hanno affermato a più riprese che, tenuto conto del legittimo affidamento delle imprese che

¹⁰¹¹ Sent. *BASF AG cit.*, punti 495-506.

¹⁰¹² *Ibidem*, punto 495.

¹⁰¹³ *Ibidem*, punto 498.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, punto 505.

¹⁰¹⁵ Comunicazione *cit.*, punto 3.

intendevano cooperare con la Commissione hanno potuto trarre da tale comunicazione, la Commissione era tenuta a conformarsi al momento della valutazione della collaborazione in sede di determinazione dell'ammontare dell'ammenda inflitta¹⁰¹⁶.

L'eventuale trattamento favorevole accordato, poi, non poteva sottrarre l'impresa dalle conseguenze sul piano civile dell'infrazione del diritto della concorrenza.

21. Nuova Comunicazione sulla non imposizione o riduzione di ammende del 2002

Con il nuovo programma di clemenza del 2002¹⁰¹⁷, prendendo atto delle critiche sopra esposte, la Commissione si è proposta di incrementare la trasparenza e di ancorare il livello di riduzione al reale apporto conoscitivo fornito dalle imprese attraverso la loro cooperazione¹⁰¹⁸. Lo scopo della nuova Comunicazione consiste nell'incrementare la certezza e la trasparenza delle condizioni di applicazione del programma di clemenza, al fine di incentivare le imprese a 'farsi avanti' e denunciare le intese segrete, permettendone così la scoperta e la sanzione¹⁰¹⁹. Inoltre, al contrario di quanto avveniva nella vigenza della Comunicazione del 1996, la Commissione oggi garantisce l'immunità o la riduzione, a seconda dei casi e seppure "condizionata", immediatamente nel momento in cui l'impresa si mette in contatto con l'istituzione comunitaria. Tale circostanza ha il pregio di aumentare la prevedibilità per le imprese dell'esito della loro cooperazione¹⁰²⁰.

L'ambito di applicazione della nuova Comunicazione riguarda unicamente le intese segrete tra concorrenti volti alla fissazione dei prezzi, delle quote di produzione o di vendita, alla ripartizione del mercato, compresa

¹⁰¹⁶ Cfr. sent. *BASF AG cit.*, punto 488; sentenza del Tribunale dell'8 luglio 2004, *Corus UK c. Commissione*, causa T-48/00, in *Racc.*, 2004, p. II-2325, punti 192-293.

¹⁰¹⁷ *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese*, in *GU C 45* del 19.2.2002, p. 3-4.

¹⁰¹⁸ J. CARLE – S. PERVAN LINDERBORG – E. SEGENMARK, *op. cit.*, p. 268.

¹⁰¹⁹ Cfr. Comunicato stampa della Commissione del 13 febbraio 2002.

¹⁰²⁰ E' stato osservato (C. KERSE – N. CHAN, *op. cit.*, p. 417) come detta Comunicazione sia una esposizione della teoria dei giochi e più in particolare del dilemma del prigioniero (cfr. sul punto *infra* capitolo 3): mentre viene facilitata la concessione dell'immunità completa, vengono diminuite le circostanze in base alle quali è possibile beneficiare di una mera riduzione ed, in particolare, la mera acquiescenza non viene più considerata sufficiente per consentire una riduzione dell'ammenda.

la manipolazione delle gare d'appalto, o alla restrizione delle importazioni o esportazioni¹⁰²¹. Anche in questo la Commissione ha sottolineato come il vantaggio che deriva all'intera collettività dalla scoperta e sanzione di detta tipologie di intese sia maggiore e primario rispetto all'interessi di infliggere sanzioni pecuniarie.

L'immunità dall'ammenda è concessa alle imprese che alternativamente soddisfano due condizioni: in un caso, l'impresa deve essere la *prima* a presentare elementi di prova che secondo la Commissione possono consentirle di adottare una decisione per svolgere un'ispezione¹⁰²²; nell'altro, l'impresa deve essere la *prima* a presentare elementi di prova che secondo la Commissione possono consentirle di constatare un'infrazione dell'art. 81 CE, sempre che non sia già stata accordata l'immunità ad un'impresa in virtù del primo caso appena citato.

Per beneficiare dell'immunità, inoltre, le imprese devono soddisfare alcune condizioni cumulative: a) l'impresa deve assicurare la piena collaborazione¹⁰²³, permanente e tempestiva, per tutta la durata del procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione, e deve fornire tutti gli elementi di prova riguardanti la presunta infrazione, che giungano in suo possesso o di cui disponga; b) l'impresa deve cessare la partecipazione alla presunta infrazione entro il momento in cui presenta gli elementi di prova; c) l'impresa non deve aver agito in alcun modo per costringere le altre imprese a partecipare all'infrazione.

La riduzione dell'importo dell'ammenda viene prevista nelle ipotesi in cui le imprese non soddisfino i requisiti per poter beneficiare dell'immunità.

¹⁰²¹ Il punto 2 della citata Comunicazione del 2002 evidenzia come dette tipologie di intese siano viste come particolarmente dannose: *“nel limitare artificialmente la concorrenza che normalmente esisterebbe tra loro, le imprese interessate si sottraggono proprio a quegli stimoli che le indurrebbero ad innovare, sia in termini di sviluppo dei prodotti, sia in termini d'introduzione di processi produttivi più efficienti. Dette pratiche provocano inoltre un rincaro nelle materie prime e dei componenti che le imprese comunitarie acquistano da tali produttori. A lungo termine, esse indeboliscono la competitività ed hanno un effetto negativo sull'occupazione”*.

¹⁰²² Secondo il punto 9 della Comunicazione del 2002, *cit.*, l'immunità in questo caso è concessa solo a condizione che la Commissione non disponga, al momento della presentazione degli elementi di prova, di elementi sufficienti per adottare una decisione che disponga accertamenti presso le imprese.

¹⁰²³ Tra i doveri di collaborazione è stato indicato anche quello di non rivelare alle altre imprese il fatto di aver intrapreso una cooperazione con la Commissione, al fine di non pregiudicare eventuali ispezioni a sorpresa della Commissione (cfr. sul punto C. KERSE – C. KHAN, *op. cit.*, p. 419).

L'impresa deve fornire alla Commissione elementi di prova che costituiscano un *valore aggiunto* rispetto agli elementi di prova già in possesso della Commissione e deve cessare la sua partecipazione all'infrazione, entro il momento in cui presenta detti elementi. La Commissione ha fornito una definizione della locuzione "valore aggiunto"¹⁰²⁴, ossia gli elementi di prova forniti devono rafforzare, per loro stessa natura e/o per il grado della loro precisione, la capacità della Commissione di dimostrare i fatti. Per la prima impresa che soddisfa questa condizione viene prevista una riduzione dell'ammenda che le sarebbe altrimenti inflitta dal 30% al 50%; per la seconda una riduzione del 20-30%; per la terza, una riduzione massima del 20%. La riduzione dell'ammenda nell'ambito delle forcelle previste viene commisurata dalla Commissione in virtù della data in cui gli elementi di prova le vengono comunicati e del grado di valore aggiunto che detti elementi presentano. La Commissione ha ulteriormente precisato di non tenere conto, nel determinare l'entità dell'ammenda, degli elementi di prova forniti dalle imprese atti ad avere un'incidenza sulla gravità o durata della presunta intesa.

Con riferimento alla procedura da utilizzare per la cooperazione, la Comunicazione prevede che l'impresa debba contattare la direzione generale della Concorrenza. Nel caso in cui la Commissione si renda conto che l'impresa in questione non soddisfa le condizioni previste per l'immunità, provvederà immediatamente a comunicarlo all'impresa. I soggetti che intendono beneficiare dell'immunità hanno due modalità per approcciare la Commissione: da un lato possono fornire tutti gli elementi di prova in loro possesso; dall'altro, possono presentare, in un primo tempo, gli elementi di prova in forma ipotetica, unitamente ad una lista delle informazioni che intendono divulgare in un momento successivo prestabilito.

La Commissione confermerà per iscritto di aver ricevuto la richiesta di immunità ed, una volta verificato l'esatto adempimento delle condizioni, concederà alle imprese, sempre per iscritto, l'immunità condizionale delle ammende¹⁰²⁵. Un'impresa che non soddisfi i requisiti previsti per l'immunità può ritirare gli elementi presentati oppure può chiedere alla Commissione di poter beneficiare del trattamento previsto per la riduzione dell'ammenda. Al termine del procedimento, se la Commissione ritiene che siano state

¹⁰²⁴ Cfr. punto 22 Comunicazione del 2002, *cit.*.

¹⁰²⁵ Comunicazione del 2002, *cit.*, punto 15.

soddisfatte tutte le condizioni previste, accorda l'immunità.

Con riferimento, invece, alla riduzione delle ammende, l'impresa deve comunicare alla Commissione gli elementi di prova di cui dispone, e l'istituzione comunitaria provvederà a confermare per iscritto la data in cui detti elementi sono stati presentati¹⁰²⁶. La Commissione ha dichiarato che non procederà all'esame di altre richieste di riduzione se non dopo aver preso una posizione sulle richieste già effettuate. Successivamente, la Commissione, se ritiene soddisfatte le condizioni, procederà ad informare l'impresa della sua intenzione di accordarle una riduzione dell'ammenda. Ad ogni buon conto, la determinazione finale avverrà solo al termine del procedimento.

Anche in questa Comunicazione, la Commissione ha esplicitamente ammesso che essa può creare aspettative legittime sulle quali fanno affidamento le imprese che intendono informarla dell'esistenza di un'intesa. La cooperazione dell'impresa, tuttavia, non può avere alcuna incidenza, né sottrarre l'impresa in questione dalle conseguenze sul piano civile dell'infrazione.

22. Critiche alla Comunicazione del 2002

Anche questa comunicazione non è andata esente di critiche, soprattutto con riferimento agli aspetti procedurali¹⁰²⁷, che non sempre si sono rilevati chiari e lineari.

La forma migliore per mettersi in contatto con la Commissione è stata individuata nelle "dichiarazioni societarie" ("*corporate statements*") unitamente a tutta la documentazione possibile. Le dichiarazioni societarie dovrebbero descrivere il prodotto, il mercato geografico, le modalità organizzative e di funzionamento del cartello, compresi i nominativi dei partecipanti, la durata¹⁰²⁸

Una delle maggiori novità della Comunicazione del 2002, consiste proprio nella possibilità di presentare delle dichiarazioni in maniera ipotetica. Questa modalità consente alle imprese di ottenere una valutazione preliminare in merito al soddisfacimento o meno dei requisiti previsti dalla

¹⁰²⁶ *Ibidem*, punto 25.

¹⁰²⁷ J.M. JOSHUA – P.D. CAMESCA, *Where Angels fear to tread: The Commission's 'new' leniency policy revisited*, in *The European Antitrust Review*, 2005, p. 10 e ss..

¹⁰²⁸ C. KERSE – N. CHAN, *op. cit.*, p. 421.

Comunicazione, prima di rilevare la propria identità. In tali dichiarazioni dovrà essere indicato in maniera approssimativa il settore industriale oggetto del cartello ed una lista contenente l'elenco di tutte le prove che l'impresa è disposta a fornire in un momento successivo.

Uno dei maggiori problemi evidenziati consiste nella possibilità che eventuali dichiarazioni promananti dalla società ed, in generale, tutto il materiale probatorio fornito alla Commissione, possa essere utilizzato nei processi civili dinanzi alle giurisdizioni di Stati terzi e/o di Stati membri. Per tali ragioni, sin dall'inizio dell'applicazione dei programmi di clemenza, la Commissione ha riconosciuto la possibilità di effettuare le dichiarazioni in maniera orale¹⁰²⁹, seppure con i limiti sopra descritti. In questo modo, anche se le dichiarazioni vengono verbalizzate dalla Commissione, il documento così creato viene considerato quale documento 'interno' della Commissione e le possibilità di ottenere un ordine di esibizione in un processo civile appaiono ridotte¹⁰³⁰, anche se non del tutto escluse¹⁰³¹. La Commissione, per cercare di ovviare a tali conseguenze, che potrebbero seriamente pregiudicare la riuscita dei programmi di clemenze, è intervenuta in talune occasioni, quale *amicus curiae*, di fronte alle Corti americane, senza però riuscire ad ottenere risultati rilevanti¹⁰³².

Un altro motivo di incertezza derivante dalla Comunicazione viene ravvisato nel fatto che non è previsto un meccanismo preciso in base al quale l'impresa che contatta la Commissione per prima è effettivamente tutelata dalle dichiarazioni di altre imprese.

23. Possibilità di scambio di informazioni tra le autorità nazionali della concorrenza

Come noto, ai sensi dell'art. 11 del regolamento n. 1/2003 le autorità garanti della concorrenza nazionali hanno l'obbligo di informare le altre

¹⁰²⁹ Per maggiori riferimenti cfr. J.M.JOSHUA, *Oral Statements in EC Competition Proceedings: a due process short-cut*, in *Competition Law Insight*, 2004, p. 1 e ss.; M. J. REYNOLDS . D.G. ANDERSON, *Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues*, in *E.C.L.R.*, 2006, p 83.

¹⁰³⁰ *Ibidem*, p. 421.

¹⁰³¹ J.M. JOSHUA – P.D. CAMESCA, *Where Angels fear to tread: The Commission's 'new' leniency policy revisited*, *cit.*, p. 12.

¹⁰³² Per maggiori riferimenti cfr. N.LEVY- R.O'DONOGHUE, *op. cit.*, pp. 88-89.

autorità dell'avvio di indagini ed ai sensi dell'art. 12 possono scambiarsi informazioni. Data l'assenza di un'armonizzazione dei programmi di clemenza, le imprese possono essere disincentivate da eventuali collaborazioni proprio sulla base della possibilità, per le autorità nazionali, di scambiarsi informazioni. La Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza¹⁰³³ cerca di fornire una regolamentazione a detto scambio di informazioni. L'art. 12 del regolamento citato, infatti, prevede che la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno la facoltà di scambiare ed utilizzare quale mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese le informazioni riservate. Talune tutele per le imprese sono stabilite direttamente nel regolamento n. 1/2003. Il medesimo articolo 12 par. 2, infatti, prevede che le informazioni scambiate possano essere utilizzate come mezzo di prova solo ai fini dell'applicazione dell'art. 81 e 82 CE e riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state raccolte. La possibilità di utilizzare dette informazioni anche per i procedimenti nazionali viene prevista solo nella misura in cui il diritto nazionale si applichi al medesimo caso in parallelo al diritto comunitario e solo se esso non porti ad un esito del procedimento diverso da quello determinato dall'applicazione degli articoli 81 e 82 CE. Lo stesso articolo 12 par. 3 prevede anche il divieto di imporre sanzioni sulla base delle informazioni scambiate, nell'ipotesi in cui la legislazione dell'autorità che trasmette e quella dell'autorità che riceve le informazioni non dispongano di sanzioni analoghe, salvo in caso in cui i diritti dei soggetti interessati vengano rispettati nell'ambito dei diritti delle autorità interessate.

Con riferimento ai programmi di clemenza, la Comunicazione sulla cooperazione dispone chiaramente che una domanda di trattamento favorevole presentata ad una data autorità non viene considerata presentata anche ad altre autorità¹⁰³⁴. L'impresa che vuole quindi beneficiare di eventuali trattamenti favorevoli ha l'onere di presentare la domanda, contestualmente, per l'ammissione ai programmi di clemenza a tutte le autorità astrattamente competenti¹⁰³⁵. In virtù dell'obbligo di informazione alla Commissione *ex art.*

¹⁰³³ IN *GUC* 101 del 27/04/2004, pp-43-53.

¹⁰³⁴ Comunicazione sulla cooperazione *cit.*, punto 37.

¹⁰³⁵ Si noti che non tutti gli Stati membri prevedono un programma di clemenza. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, è assente un meccanismo che consente di concedere

11 par. 3 del regolamento n. 1/2003, le autorità devono dare comunicazione alla Commissione dell'avvio di un procedimento ai sensi degli articoli 81 e 82 CE anche nel caso di avvio di un procedimento a seguito di una richiesta di trattamento favorevole. Un analogo obbligo incombe anche in capo alla Commissione. La Comunicazione sulla cooperazione prevede che in tali casi, le informazioni scambiate non possano essere utilizzate dagli altri membri del *Network* per avviare un'indagine per conto loro¹⁰³⁶. Ciò, però, non pregiudica il potere di un'autorità di avviare un'indagine sulla base delle informazioni ricevute da altre fonti o di ottenere maggiori informazioni da parte di un'altra autorità, compresa quella alla quale era stata presentata la richiesta di ottenere il trattamento favorevole. Le informazioni fornite volontariamente possono essere trasmesse ad altra autorità solo con il consenso del soggetto che ha richiesto il trattamento favorevole¹⁰³⁷. Detto consenso non viene richiesto quando anche l'autorità ricevente ha ricevuto una domanda di trattamento favorevole, oppure quando l'autorità che riceve la dichiarazione si è impegnata a non divulgare tale informazioni ad altre autorità e comunque a non imporre sanzioni sul richiedente.

Per ovviare a tale inconvenienti, che possono condurre ad una disincentivazione dell'utilizzo dello strumento dei programmi di clemenza, l'*European Competition Network* ha recentemente emanato il *ECN Model Leniency Programme*¹⁰³⁸ avente lo scopo di non scoraggiare l'utilizzo dei programmi di clemenza, anche in presenza di discrepanze legislative nei vari

l'immunità alle imprese che collaborano con l'Autorità antitrust anche se in taluni casi si è proceduto a concedere sostanziose riduzioni dell'ammenda, in virtù della collaborazione delle imprese. Secondo l'opinione di parte della dottrina (P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, p. 394) in Italia non sarebbe nemmeno giuridicamente possibile configurare un istituto premiale che garantisca la completa immunità, stante la vigenza del principio della doverosità delle sanzioni per le infrazioni del diritto antitrust. In senso contrario si veda S. GUIZZARDI, *I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull'introduzione nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 1087 e ss., secondo la quale la finalità dissuasiva e non meramente repressiva delle sanzioni antitrust consentirebbe, invece, l'introduzione di programmi di clemenza, in quanto “di fronte a pratiche collusive quali i cartelli, il cui accertamento e la cui prova sono particolarmente difficili, il principio della doverosità della sanzione risulta essere secondario rispetto alla concessione dell'immunità dalla sanzione”. Attualmente, è stata avviata una consultazione pubblica sull'opportunità e sulle eventuali modalità di inserimento all'interno dell'ordinamento italiano di un programma di clemenza, che ha condotto alla sua emanazione il 19 febbraio 2007. Per maggiori riferimenti cfr. www.agcm.it.

¹⁰³⁶ *Ibidem*, punto 39.

¹⁰³⁷ *Ibidem*, punto 40.

¹⁰³⁸ Del 20 settembre 2006.

Stati membri, di alleviare gli oneri che derivano dalla necessità di presentare domande multiple e di consentire maggiore prevedibilità circa i risultati delle richieste di trattamento favorevole¹⁰³⁹. Il Modello rappresenta una indicazione per gli Stati membri di adeguamento delle loro normative, al fine di creare una sorta di armonizzazione *soft*¹⁰⁴⁰ dei programmi di clemenza.

Con riferimento alla concessione dell'immunità, vengono previsti due casi. Il primo (*Type 1A*) concerne l'ipotesi in cui una impresa sia la prima a sottoporre ad un'autorità garante della concorrenza prove che consentono a detta autorità di intraprendere ispezioni, a condizione che al momento della richiesta di immunità, l'autorità non avesse prove in suo possesso e che le altre condizioni previste siano rispettate¹⁰⁴¹. Il secondo riguarda l'ipotesi in cui l'autorità non abbia già concesso l'immunità prima di procedere ad un'ispezione o l'autorità non abbia ancora prove sufficienti per disporre un'ispezione o un mandato di perquisizione e l'impresa sia la prima a fornire informazioni che permettono all'autorità di dichiarare un'infrazione dell'art. 81 CE, sempre che al momento in cui viene effettuata la richiesta di immunità, l'autorità in questione non abbia prove sufficienti per condannare l'illecito e che le altre condizioni siano soddisfatte.

Con riferimento, invece, ad una semplice riduzione dell'ammenda, il Modello prevede che vi possano avere accesso le imprese che non hanno diritto all'immunità. L'impresa deve fornire all'autorità prove del cartello che rappresentino un significativo valore aggiunto¹⁰⁴² in connessione con le prove già a disposizione dell'autorità. Al fine di concedere la riduzione appropriata, l'autorità dovrà tenere in considerazione le prove già in suo possesso ed il momento in cui riceve la richiesta di riduzione dell'ammenda. Le riduzioni, in ogni caso, non potranno eccedere il 50% dell'ammenda che sarebbe stata altrimenti imposta. Nel caso in cui l'impresa fornisca prove anche di fatti

¹⁰³⁹ Cfr. *ECN Model Leniency Programme, Explanatory Notes*, punto 6.

¹⁰⁴⁰ Ciò non impedisce alle autorità di prevedere un trattamento più favorevole: cfr. *Explanatory Notes cit.*, punto 8.

¹⁰⁴¹ Viene previsto (punto 6) che l'impresa debba fornire all'Autorità le seguenti indicazioni: la denominazione e l'indirizzo dell'entità legale che richiede l'immunità; i nomi degli altri partecipanti al cartello; una descrizione dettagliata dell'illecito, comprendente anche i prodotti riguardati, l'estensione territoriale, la durata la natura dei comportamenti posti in essere in esecuzione del cartello; tutte le prove relative al cartello in suo possesso o comunque sotto il suo controllo; informazioni relative ad ulteriori richieste di immunità ad altre autorità.

¹⁰⁴² Il punto 10 specifica che la locuzione “‘significant added value’ refers to the extent to which the evidence provided strengthens, by its very nature and/or its level of detail, the CA’s ability to prove the alleged cartel”.

collaterali all'infrazione e che possono avere incidenza sul *quantum* dell'ammenda, l'autorità dovrà tenerne conto nel momento di commisurazione della stessa.

Le imprese che intendono beneficiare del trattamento favorevole devono rispettare alcune condizioni cumulative: porre termine all'infrazione contestualmente alla presentazione della domanda, salvo il caso in cui siano autorizzate a proseguire per non compromettere le indagini; cooperazione genuina, piena e continua fino alla conclusione del caso. Ciò comprende il dovere di fornire all'autorità tutte le informazioni e prove rilevanti in possesso dell'impresa o comunque sotto il suo controllo; rimanere a disposizione dell'autorità e rispondere a qualunque domanda che possa contribuire all'accertamento dei fatti; fare in modo che i dipendenti dell'impresa siano a disposizione per essere sentiti dall'autorità; non distruggere, falsificare o occultare informazioni o prove; non rilevare la propria partecipazione al programma di clemenza fino alla notifica della contestazione degli addebiti¹⁰⁴³.

L'impresa può anche sottoporre all'autorità alcune questioni in forma anonima, al fine di ottenere indicazioni sulle modalità migliori per ottenere l'immunità e/o la riduzione della sanzione.

Una volta ricevuta la domanda, l'autorità, a richiesta dell'impresa, rilascerà un documento attestante il ricevimento della stessa e la data.

Alle imprese che richiedono l'immunità, potrà essere concesso un "*marker*". Tale strumento conferisce al richiedente di essere messo in "*coda*" per un certo periodo di tempo al fine di consentirgli di raccogliere sufficienti informazioni e prove per soddisfare i requisiti richiesti per l'immunità. L'Autorità ha un potere discrezionale nel concedere o meno il "*marker*". Una volta concesso, l'autorità individua il termine entro il quale il richiedente deve perfezionare la sua richiesta, fornendo tutte le informazioni e documenti necessari per poter beneficiare dell'immunità. Se detto termine viene rispettato, la richiesta si intende formulata nel momento in cui è stato concesso il *marker*. Al fine della concessione del *marker*, l'impresa interessata dovrà fornire le motivazioni che la inducono a richiedere il trattamento favorevole, i

¹⁰⁴³ Il punto V sub. 3 precisa anche che quale condizione preliminare per l'accesso al trattamento favorevole, occorre che l'impresa in questione non abbia distrutto prove relative all'infrazione e rilevato, direttamente o indirettamente, il fatto di partecipare al programma di clemenza.

nomi dei partecipanti del cartello, il prodotto, il mercato rilevante e la durata, la natura dell'infrazione e indicazioni circa altre domande di clemenza dinanzi ad altre autorità di Stati membri o di Stati terzi.

Una volta che l'autorità ha considerato soddisfatti tutti i requisiti, concede per iscritto l'immunità condizionata, mentre in caso contrario, ne informa subito l'impresa, che potrà così richiedere solo la riduzione. L'autorità prenderà una decisione definitiva solo al termine del procedimento.

Il Modello prevede anche che, nel caso in cui la Commissione sia competente a trattare un determinato caso, l'impresa che sia in procinto di fare richiesta di immunità ad una particolare autorità nazionale possa fare comunque domanda in forma semplificata. Il *Network* darà atto del fatto che detta impresa è stata la prima ad effettuare la richiesta.

Nel caso di richieste di riduzioni, l'autorità, una volta stabilito che le informazioni fornite rivestono un significativo valore aggiunto, dovrà confermare per iscritto la sua intenzione di praticare una riduzione entro la notifica della contestazione degli addebiti.

Il Modello disciplina anche in maniera dettagliata la possibilità di richiedere una procedura orale, a richiesta dell'impresa interessata. In questo caso, l'autorità provvederà a registrare la deposizione in forma appropriata e l'accesso a tali documenti verrà garantito fino alla contestazione degli addebiti. Tali informazioni verranno poi scambiate ai sensi dell'art. 12 del regolamento n. 1/2003 solo nella misura in cui l'autorità ricevente possiede le stesse cautele contro gli ordini di esibizione dell'autorità ricevente.

Restano escluse dalla possibilità di accedere al trattamento favorevole le imprese che hanno adottato misure coercitive nei confronti delle altre imprese partecipanti al cartello. Considerazioni di giustizia naturale impongono, infatti, che un'impresa che abbia avuto un tale ruolo nel cartello sia esclusa dalla possibilità di ottenere un trattamento favorevole¹⁰⁴⁴.

24. Draft di un nuovo programma di clemenza

Sulla scia del Modello sopra descritto, la Commissione ha emanato una bozza di Comunicazione di immunità dalle ammende e riduzione delle

¹⁰⁴⁴ *Explanatory Notes, cit.*, punto 22.

ammende nei cartelli¹⁰⁴⁵, che servirà da base per una consultazione pubblica. Gli emendamenti proposti vanno nel senso della creazione, in un prossimo futuro di un “*one stop leniency shop*”, al fine, quindi, dell’istituzione di un meccanismo che consenta di presentare una sola richiesta di immunità all’interno dell’ordinamento comunitario, valevole sia per la Commissione che per le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

Le modifiche proposte concernono, in particolare, un aumento della certezza circa la tipologia di informazioni e prove richieste per accedere all’immunità¹⁰⁴⁶ e per consentire alla Commissione di intraprendere ispezioni “mirate”; l’introduzione di flessibilità per il momento in cui l’impresa richiedente deve cessare la partecipazione al cartello; chiarificazioni in merito agli obblighi di collaborazione e l’introduzione del sistema del “*marker*”, così come previsto anche dal Modello dell’*European Competition Network*.

Uno degli scopi principali degli emendamenti indicati consiste proprio nell’ancorare il grado di riduzione dell’ammenda al livello di partecipazione e di apporto probatorio dell’impresa, in termini di tempistica e di qualità delle informazioni e prove fornite. Gli emendamenti precisano la tipologia di informazioni richieste, al fine di mettere la Commissione in grado di effettuare un’ispezione mirata. In particolare, l’impresa che vuole beneficiare dell’immunità deve presentare un “*corporate statement*”, inteso quale dichiarazione in forma scritta firmata dai legali rappresentanti o in forma orale effettuata in nome e per conto della società, che deve contenere: una descrizione dettagliata delle attività del cartello; il prodotto ed il mercato geografico; la durata; una stima dei volumi d’affari coinvolti; indicazioni precise circa le date ed i luoghi in cui si sono svolti contatti tra i partecipanti; la denominazione e indirizzo dell’entità legale che fa richiesta di immunità, così come tutte le indicazioni relative agli altri partecipanti; il nome, posizione e ubicazione degli uffici e delle abitazioni degli individui coinvolti nel

¹⁰⁴⁵ Emanato il 29 settembre 2006, reperibile sul sito web www.europa.eu. Cfr. Press release del 29 settembre 2006 Competition: Commissione and other ECN members co-operate in use of leniency to fight cross border cartels, reperibile sul sito www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1288&format=HTML.

¹⁰⁴⁶ Cfr. Press Releases del 29 settembre 2006 *Competition: Commission proposes changes to the Leniency Notice – frequently asked questions*, reperibile sul sito www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/35&format=H, in cui espressamente si dà atto che una delle ragioni dello scarso successo della Comunicazione del 2006 consiste proprio nella carenze di indicazioni circa la procedura ed i documenti necessary per avere accesso all’immunità.

cartello; informazioni circa altre richieste di immunità ad altre autorità. Viene anche dettata una disciplina circa le deposizioni orali. Gli emendamenti prevedono che la Commissione registri e trascriva tali dichiarazioni, dando la possibilità al dichiarante di controllare il contenuto della registrazione. L'accesso alle dichiarazioni societarie è concesso solo ai destinatari di una contestazione degli addebiti, senza però che venga prevista la possibilità di estrarre copie.

L'introduzione di queste specificazioni può contribuire a rendere certo e prevedibile l'esito di una richiesta di immunità, cercando di contenere la discrezionalità della Commissione entro parametri ben definiti. La previsione del *marker*, inoltre, consente alle imprese di raccogliere le informazioni rilevanti senza, per ciò solo, perdere tempo prezioso e non essere così la prima a fare domanda alla Commissione.

Infine, viene regolamentata in maniera dettagliata la procedura orale, al fine di ridurre tutte le possibili contestazioni ed i rischi connessi agli ordini di "discovery" previsti nel diritto statunitense.

25. Prescrizione del potere di infliggere ammende e di constatazione di un'infrazione già cessata

Un argomento strettamente connesso al principio di legalità riguarda la prescrizione¹⁰⁴⁷ del potere della Commissione di comminare ammende. Il nuovo regolamento n. 1/2003 prevede espressamente, all'art. 25, che i poteri della Commissione di infliggere ammende per infrazioni del diritto della concorrenza si prescrivano in cinque anni dal giorno in cui è stata commessa l'infrazione. Il previgente regolamento n. 17/62 invece taceva sul punto. E' solo con il regolamento n. 2988/74 relativo alla prescrizione in materia di azioni e di esecuzione nel settore del diritto dei trasporti e della concorrenza¹⁰⁴⁸ che il legislatore ha introdotto un termine di prescrizione di cinque anni per l'infrazione di ammende.

Il problema che è stato posto all'attenzione dei giudici comunitari ha

¹⁰⁴⁷ Sulle finalità della prescrizione, si veda S. PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1995, p. 659.

¹⁰⁴⁸ Regolamento (CEE) n. 2988/74 del Consiglio relativo alla prescrizione in materia di azioni e di esecuzione nel settore del diritto dei trasporti e della concorrenza della Comunità economica europea, in *GUL* 319 del 29.11.1974, pp. 1-3.

riguardato, da un lato, la necessità di stabilire un termine, in assenza di espresse previsioni legislative, decorso il quale la Commissione non potesse più infliggere ammende e, dall'altro, la possibilità per la Commissione di procedere alla constatazione di un'infrazione del diritto della concorrenza, anche nel caso in cui questa sia cessata.

La prima questione è stata affrontata nella pronuncia *Chemiefarma*¹⁰⁴⁹ in cui l'impresa lamentava che la Commissione avesse proceduto a sanzionare un illecito antitrust commesso molto tempo addietro. Come già esposto, nessuna norma, all'epoca vigente, conteneva riferimenti circa il periodo di tempo decorso il quale, un illecito non poteva più essere sanzionato. Secondo l'impresa, la durata del termine di prescrizione dipendeva dall'opportunità di reprimere fatti ritenuti punibili ed inoltre dal principio della certezza del diritto. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale¹⁰⁵⁰ in relazione alla prescrizione, ha sottolineato che essa *“riflette sul piano del diritto una banale realtà”*, ossia *“che il tempo ha ragione di ogni cosa, che dopo un periodo più o meno lungo arriva sempre un momento in cui, nei rapporti sociali, quello che è passato non deve più essere messo in discussione, e che quand'anche tale passato sia delittuoso, è sempre meglio non parlarne più”*¹⁰⁵¹. L'Avvocato Generale ha proseguito rilevando come la prescrizione fosse inscindibilmente connessa con la certezza del diritto e per tali ragioni essa dovesse essere fissata in via preventiva dal legislatore.

Secondo la Corte, le sanzioni perseguivano lo scopo di punire comportamenti illeciti ed impedire il loro ripetersi. Tali finalità implicavano, necessariamente anche la possibilità di sanzionare infrazioni già cessate¹⁰⁵². Il termine di prescrizione, per adempiere alla sua funzione di garantire la certezza del diritto, avrebbe dovuto essere stabilito in precedenza dal legislatore e non lasciato alla discrezionalità della Commissione. La Corte ha proceduto unicamente ad una leggera riduzione dell'ammenda ed ha quindi lasciato che il legislatore comunitario sopperisse a tale lacuna.

Negli anni successivi, si è quindi provveduto a dotare il sistema comunitario della concorrenza di una norma *ad hoc* sulla prescrizione. Ciò

¹⁰⁴⁹ Sentenza della Corte del 15 luglio 1970, ACF *Chemiefarma N.V.* c. Commissione, causa 41/69, in *Racc.*, 1970, p. 661.

¹⁰⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Gand presentate il 10 giugno 1970, in *Racc.*, 1970, p. 707.

¹⁰⁵¹ *Ibidem*, punto 8.

¹⁰⁵² Sent. *Chemiefarma cit.*, punti 172-174.

nonostante, permanevano alcuni dubbi sulla possibilità per la Commissione di constatare ugualmente un'infrazione antitrust, ancorché si fosse prescritto il suo potere sanzionatorio, visto che nessuna norma di carattere legislativo prevedeva espressamente anche tale potere.

Nel caso *GVL*¹⁰⁵³ l'impresa coinvolta sosteneva che il regolamento n. 17 non abilitasse la Commissione ad emanare una decisione diretta unicamente a constatare un'infrazione commessa nel passato, poiché detti poteri si sarebbero riferiti unicamente alla possibilità di accertare un'infrazione solo nell'ambito di una decisione mirante a porre fine all'infrazione stessa.

Secondo la Corte, invece, il regolamento n. 17 avendo lo scopo di garantire l'osservanza delle norme del Trattato sulla concorrenza ed autorizzando la Commissione ad obbligare le imprese a porre fine ad un'infrazione ed a sanzionarle, implicherebbe, necessariamente, anche il potere di constatare l'infrazione¹⁰⁵⁴. Tale potere risulta condizionato al fatto che la Commissione abbia un 'interesse legittimo' a constatare un'infrazione alla quale l'impresa interessata aveva già posto fine¹⁰⁵⁵. I giudici, analizzando il caso sottoposto al loro esame e rilevando come potesse configurarsi un pericolo di reiterazione e fosse necessario un chiarimento della situazione giuridica, hanno ammesso l'interesse della Commissione a constatare un'infrazione già cessata. Di particolare rilevanza sono le conclusioni dell'Avvocato Generale¹⁰⁵⁶ in cui invece, è stata negata tale la possibilità. Secondo l'Avvocato Generale, infatti, in assenza di espresse previsioni in proposito ed in virtù del principio di attribuzione di competenza, non sarebbe stato possibile estendere, in via analogica, i poteri della Commissione anche a detto accertamento. Ciò sarebbe risultato in contrasto con il principio di certezza del diritto, il quale prevede che le autorità possano adottare provvedimenti o sanzioni a danno dei cittadini solo se espressamente autorizzate dal legislatore. Secondo l'Avvocato Generale, infatti, anche la mera decisione di accertamento dell'infrazione e la sua pubblicazione avrebbero avuto un "effetto sanzionatorio"¹⁰⁵⁷, in palese contrasto con il

¹⁰⁵³ Sentenza della Corte del 2 marzo 1983, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c. Commissione*, causa 7/82, in *Racc.*, 1982, p. 483.

¹⁰⁵⁴ Sent. *GVL cit.*, punto 24. Anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale *Reischl* presentate il 16 novembre 1982, in *Racc.*, 1982, p. 510.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁵⁶ Conclusioni *cit.*, p. 516.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem.*

principio della certezza e prevedibilità delle norme a carattere sanzionatorio¹⁰⁵⁸.

Tali argomentazioni sono state riprese di recente nel caso *Sumitomo*¹⁰⁵⁹ in cui in un'impresa coinvolta nel cartello delle *Vitamine*, pur non avendo ricevuto alcuna sanzione per alcuni comportamenti ormai prescritti, è stata comunque raggiunta da una decisione della Commissione che ha constatato l'infrazione del diritto della concorrenza. Facendo leva sul tenore letterale dello stesso art. 1 del regolamento n. 2988/74 che si riferisce ai termini "*finés*" e "*penalties*", l'impresa ha rilevato come anche una mera decisione di accertamento possieda carattere 'sanzionatorio' e pertanto non poteva essere emanata in quanto prescritta; in ogni caso l'estinzione per prescrizione del potere di comminare ammende avrebbe necessariamente implicato anche l'estinzione del potere implicito di constatazione dell'infrazione. L'asserito carattere discriminatorio sarebbe derivato da tre effetti punitivi connessi a tale decisione. Il primo, deriverebbe dal fatto che la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza nell'ambito di un cartello mondiale avrebbe potuto dare luogo ad altre azioni in altri Stati; il secondo, deriverebbe dall'esposizione delle imprese destinatarie di una siffatta decisione a molteplici azioni civili di richiesta di risarcimento danni; il terzo, deriverebbe dal pregiudizio alla reputazione dell'impresa dovuto dalla pubblicazione della decisione. Il Tribunale, sulla base della giurisprudenza sopra citata, ha avuto buon gioco a respingere questa censura. I giudici comunitari hanno rilevato come la cessazione dell'infrazione prima dell'adozione di una decisione della Commissione non costituisce un elemento ostativo all'esercizio dei poteri della Commissione di constatare e sanzionare un'infrazione antitrust¹⁰⁶⁰. Ciò in quanto "*il potere di infliggere sanzioni non è affatto menomato dalla circostanza che il comportamento che costituisce l'infrazione e la possibilità che esso produca effetti dannosi siano cessati (...)*"¹⁰⁶¹ e la Commissione può dunque adottare una decisione che constata un'infrazione a cui l'impresa già ha posto fine, nella misura in cui l'istituzione comunitaria abbia un legittimo interesse a farlo. Anche se il potere della Commissione di constatare

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁹ Sentenza del Tribunale del 6 ottobre 2005, *Sumitomo Chemical Co. Ltd e Sumitomo Fine Chemicals Co. Ltd. c. Commissione*, cause riunite T-22/02 e T-23/02, in *Racc.*, 2005, p. II-4065.

¹⁰⁶⁰ Sent. *Sumitomo cit.*, punto 37.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*.

un'infrazione risulta solo implicitamente, poiché i poteri espliciti di disporre la cessazione dell'infrazione e di comminare ammende lo implicano necessariamente, non per questo detto potere è subordinato all'esercizio dei poteri espliciti da parte della Commissione¹⁰⁶².

Con riferimento al tenore letterale dell'art. 1 del regolamento n. 2988/74, il Tribunale ha sottolineato come tale normativa sia stata la risposta del legislatore alle indicazioni della Corte contenute nelle sentenze sopra citate. L'utilizzo del termine 'sanzioni' in detta norma è volta unicamente a comprendere, nel proprio ambito di applicazione, anche normative settoriali dei trasporti.

L'impresa ha inoltre censurato la decisione della Commissione sotto altri profili, in particolare relativamente al mancato rispetto del principio della certezza del diritto e della presunzione di innocenza. Con riferimento al primo principio, l'impresa ha sottolineato come la *ratio* sottesa alla prescrizione consista nel fatto che decorso un certo periodo di tempo è nell'interesse del buon funzionamento del sistema giuridico che le infrazioni non siano più oggetto di accertamenti o non diano più luogo ad una 'sanzione'¹⁰⁶³. Con riferimento al secondo principio¹⁰⁶⁴, ai sensi del quale ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia accertata legalmente, l'impresa ha rilevato¹⁰⁶⁵ come ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani¹⁰⁶⁶, anche la motivazione di una decisione giudiziaria è suscettibile di violare detto principio. In particolare, questo si verifica quando l'autorità giudiziaria ponga fine ad un procedimento a causa del decorso del termine di prescrizione e suggerisca che l'imputato ha agito in modo illegale o lasci pensare che il giudice ritenga l'imputato colpevole.

Con riferimento alla certezza del diritto, i giudici hanno affermato che la prescrizione, impedendo che siano rimesse in discussione all'infinito situazioni consolidate nel tempo, anche se illecite, contempera le esigenze di

¹⁰⁶² *Ibidem*, punto 63.

¹⁰⁶³ *Ibidem*, punto 66.

¹⁰⁶⁴ Il principio della presunzione di innocenza è sancito dall'art. 48 n. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; dall'art. 6 n. 2 della CEDU.

¹⁰⁶⁵ Sent. *Sumitomo cit.*, punto 70.

¹⁰⁶⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 26 marzo 1982, *Adolf*, serie A, n. 49, punto 38; sentenza del 25 marzo 1983, *Minelli*, serie A, n. 62, punto 37.

certezza del diritto e la necessità di garantire la legalità¹⁰⁶⁷. Per tali ragioni, solo il legislatore può legiferare in materia. Ciò non toglie che in assenza di prescrizione positivamente prevista, l'azione della Commissione possa essere censurata alla luce del principio di certezza del diritto, che esige che la Commissione non possa ritardare indefinitamente l'esercizio dei suoi poteri¹⁰⁶⁸.

Con riferimento, invece, alla presunzione di innocenza, i giudici hanno escluso una sua violazione nella misura in cui la responsabilità di un soggetto sia accertata al termine di un procedimento svoltosi interamente, anche se non risulti poi possibile comminare una sanzione per decorso dei termini di prescrizione¹⁰⁶⁹.

Il Tribunale ha però annullato la decisione poiché non risultava che essa fosse giustificata da un legittimo interesse, che come sopra visto, è l'elemento che legittima la possibilità di constatare una infrazione già cessata¹⁰⁷⁰. In particolare, dalla decisione non era emerso che la Commissione avesse esaminato il problema di stabilire se aveva o meno detto interesse.

Il nuovo regolamento n. 1/2003 ha risolto la questione del potere 'implicito' della Commissione di constatare un'infrazione già cessata. L'art. 7 n. 1 prevede che *"qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata"*.

Seppure possono dirsi risolti i dubbi interpretativi relativi alla mancanza di espressi poteri abilitanti a constatare una infrazione già cessata, restano irrisolte le questioni relative a cosa debba intendersi per legittimo interesse della Commissione ad effettuare tale accertamento.

In via di ipotesi, e prendendo spunto dalle considerazioni della Commissione effettuate dalla pronuncia *Sumitomo*, potrebbero rientrare nel concetto di 'legittimo interesse' il fatto di dover chiarire una situazione giuridica complessa, il rischio di recidiva da parte delle imprese coinvolte, l'incoraggiare un comportamento esemplare da parte delle imprese. Non appare invece pienamente condivisibile l'argomento della Commissione relativo all'opportunità di emanare una siffatta decisione al fine di consentire

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*, punto 82.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*, punto 87.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, punto 107.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*, punto 136.

le parti lese di adire i tribunali civili per richiedere il risarcimento dei danni¹⁰⁷¹. Questa finalità potrebbe essere intesa come sanzionatoria in senso lato e potrebbe ostare a tali decisioni nell'ipotesi di decorso dei termini di prescrizione.

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, punto 122.

CONCLUSIONI

1. Premessa; 2. Natura giuridica delle sanzioni antitrust; 3. Principio del ne bis in idem; 4. Principio di responsabilità personale; 5. Principio di colpevolezza; 6. Principio di legalità. 7. Considerazioni conclusive

1. Da un rapido *excursus* della giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza, è facile rendersi conto del peso che le censure relative al *modus operandi* delle istituzioni comunitarie in materia di sanzioni antitrust hanno avuto sul carico di lavoro della Corte e del Tribunale. L'elevato numero di ricorsi, a fronte, invece, di un'attività della Commissione relativamente nella norma, dimostra come il tema delle sanzioni sia di notevole attualità e rivesta particolare importanza. Ciò anche in considerazione di un aumento senza precedenti dell'importo delle ammende irrogate in violazione delle norme antitrust.

Con il presente lavoro si è cercato di individuare i temi maggiormente ricorrenti in materia di sanzioni nelle allegazioni delle imprese dinanzi agli organi giurisdizionali. In particolare, è emerso che le imprese spesso hanno cercato di far valere l'applicabilità, anche nel settore della concorrenza, di principi di derivazione marcatamente penalistica. Detti principi appaiono, infatti, idonei a garantire i diritti fondamentali di difesa delle imprese.

Si è quindi proceduto ad affrontare la questione dell'applicabilità alle sanzioni antitrust di alcuni principi penalistici. Nonostante la recente modifica degli Orientamenti della Commissione in materia di ammende antitrust¹⁰⁷², le considerazioni svolte rimangono attuali, poiché si tratta dell'applicazione di principi generali, il cui rispetto deve essere garantito in ogni caso. L'esito della ricerca ha condotto alla constatazione di comportamenti non sempre pienamente condivisibili da parte della Commissione, constatazione dimostrata, peraltro, dall'elevato numero di ricorsi dinanzi agli organi giurisdizionali comunitari. Dette impugnazioni contengono, principalmente, censure relative alle modalità di calcolo delle ammende e, più in generale, al mancato rispetto dei principi generali.

¹⁰⁷² In *GU* C 210 del 1.9.2006, pp. 2-5, che hanno sostituito i precedenti Orientamenti della Commissione del 1998.

2. Preliminarmente, si è provveduto ad analizzare la natura delle sanzioni antitrust. L'art. 23 del regolamento n. 1/2003, come è noto, espressamente qualifica dette sanzioni come "non penali". Ciò non ha impedito che si sviluppasse un dibattito circa l'esatta natura di dette sanzioni. L'analisi della giurisprudenza svolta nell'ambito del Capitolo 1, mostra come i giudici comunitari applichino principi e tutele tipiche del diritto penale, come il principio di legalità, di irretroattività, del *ne bis in idem*, di colpevolezza¹⁰⁷³, a prescindere dall'esatto inquadramento dogmatico delle sanzioni. L'impostazione dei giudici comunitari, probabilmente, deriva dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti fondamentali, in cui si è affermato che le tutele derivanti dalla CEDU devono applicarsi anche a materie che non sono qualificate come 'penali' ai sensi del diritto interno. La qualificazione delle sanzioni antitrust come non penali ed il fatto che esse vengano inflitte a persone giuridiche e non a persone fisiche, seppur non si ripercuote sull'astratta applicabilità dei principi penalistici, ha però rilevanti conseguenze sull'estensione delle tutele che ne derivano. Le istituzioni comunitarie, basandosi sugli elementi sopra menzionati, hanno buon gioco a procedere a talune applicazioni particolarmente restrittive dei principi in esame, comprimendo taluni diritti dei soggetti coinvolti in infrazioni del diritto della concorrenza.

Successivamente, si è quindi provveduto ad analizzare con quali modalità detti principi vengono applicati alle sanzioni antitrust.

3. Il primo principio oggetto di studio riguarda il *ne bis in idem* e la sua applicazione in una triplice direzione: nei rapporti meramente comunitari; nei rapporti tra Commissione e autorità nazionali degli Stati membri; e nei rapporti tra Commissione e autorità nazionali di Paesi terzi. La rilevanza di tale principio deriva dal carattere sempre più transnazionale delle infrazioni

¹⁰⁷³ Sentenza del Tribunale di primo grado *Sca Holding Ltd c. Commissione*, causa T-327/94, in *Racc.*, p.II-1373, punto 160; Sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002, *LR AF 1998 A/S c. Commissione*, *cit.*, punto 217; Sentenza del Tribunale di primo grado del 28 febbraio 2002, *Stora Kopparbergs Bergslags Ab c. Commissione*, causa T-354/9, in *Racc.*, p.II-2111, punto 78; Sentenza della Corte del 16 dicembre 1976, *Suiker Unie U.A. e a. c. Commissione*, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73, 114/73, in *Racc.*, p. 1663; Sentenza della Corte dell'8 luglio 1999, *Montecatini s.p.a. c. Commissione*, causa C-235/92P, in *Racc.*, p.I-4839.

del diritto della concorrenza, che pertanto coinvolgono numerosi ordinamenti giuridici, e dalla inesistenza di un *ne bis in idem* internazionale.

Il caso di situazioni meramente interne all'ordinamento comunitario non suscita particolari problemi interpretativi, poiché le istituzioni comunitarie hanno riconosciuto la sussistenza di un divieto per la Commissione di perseguire e condannare nuovamente un dato comportamento anticoncorrenziale che sia già stato sanzionato e/o dichiarato lecito da una sua precedente decisione non più impugnabile o eventualmente annullata dal Tribunale di primo grado¹⁰⁷⁴.

Nel ambito del secondo rapporto, ossia tra Commissione e autorità nazionali degli Stati membri, si è passati da una negazione dell'applicabilità del principio in esame e alla conseguente ammissione di una pluralità di procedimenti¹⁰⁷⁵, ad una progressiva ammissione dell'unicità dei beni giuridici tutelati dalle varie norme di concorrenza. Ciò però ha condotto a prendere in considerazione unicamente la mera possibilità di decurtare sanzioni già inflitte per i medesimi comportamenti¹⁰⁷⁶. Il presupposto per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* consiste, infatti, nell'accertamento dell'*idem factum*. Particolarmente controversa risulta la questione di cosa debba intendersi per detta identità. Secondo l'opinione espressa da taluni, occorre riferirsi al fatto storico, mentre secondo altri occorre riferirsi alla qualificazione giuridica di detti fatti. Talune pronunce dei giudici comunitari relative all'applicazione della Convenzione di Schengen hanno affermato che, ai fini della configurabilità del principio, occorre trovarsi in presenza dell'identità dei meri fatti materiali¹⁰⁷⁷. Nel settore della concorrenza, invece, si richiede una triplice condizione: identità dei fatti, identità dell'autore dell'infrazione ed identità del bene giuridico tutelato. Dopo alcune pronunce in cui i giudici del Lussemburgo avevano considerato una diversità di bene

¹⁰⁷⁴ Sentenza della Corte del 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, da C-250/99 a C-252/99P e C-254/99P, *Limburgse Vinyl Maatschappij* e a. c. Commissione, in *Racc.*, 2002, p. I-8375.

¹⁰⁷⁵ Sentenza della Corte del 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm* e a. c. *Bundeskartellamt*, causa 14/68, in *Racc.*, 1969, p. I.

¹⁰⁷⁶ Sentenza della Corte del 7 gennaio 2004, cause riunite C-2004/00P, C-205/00P, C-213/00P, C-217/00P, C-219/00P, *Aalborg Portland A/S* c. Commissione, in *Racc.*, 2004, p. I-123.

¹⁰⁷⁷ Sentenza della Corte del 9 marzo 2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, non ancora pubblicata in *Raccolta*; sentenza della Corte del 28 settembre 2006, *van Straaten*, causa C-150/05, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

giuridico tutelato dalle norme nazionali a tutela della concorrenza e da quelle comunitarie, in ragione della diversa estensione territoriale dell'ambito di applicazione delle stesse, si è poi giunti alla conclusione dell'identità del bene giuridico. Ciò non ha, però, ancora condotto al pieno riconoscimento di preclusioni nel caso in cui un procedimento venga iniziato da una delle suddette autorità, ma solamente un dovere di decurtazione di sanzioni già inflitte.

Anche la disciplina posta dal regolamento n. 1/2003 che creato l'*European Competition Network* formato dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe essere in grado di limitare il verificarsi il fenomeno dell'imposizione di sanzioni multiple all'interno del territorio comunitario, non pare del tutto scongiurare i rischi di pluralità di procedimenti. Il regolamento n. 1/2003, introduce un sistema di competenze parallele, ma non fornisce precisi criteri di "competenza", se non nel caso dell'art. 11 par. 6, in cui viene previsto che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione priva le autorità nazionali della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 CE. Per i rapporti tra le varie autorità nazionali, viene previsto un generico dover di scambio di informazioni tra le varie autorità garanti. Il fatto che un'autorità si stia occupando di un caso comporta, per le altre autorità, una mera facoltà di sospendere il procedimento o di rigettare una denuncia. In assenza di un vero e proprio obbligo di sospensione o chiusura del procedimento rimane, dunque, ipotizzabile la possibilità di un doppio (o plurimo) procedimento con conseguente comminazione di pluralità di sanzioni¹⁰⁷⁸.

Secondo un'opinione¹⁰⁷⁹, nei rapporti tra le varie autorità garanti della concorrenza nazionali non potrebbero darsi casi di violazione del *ne bis in idem*, poiché ogni autorità non potrebbe sanzionare eventuali effetti degli illeciti antitrust su altri territori, in virtù del principio di territorialità. La

¹⁰⁷⁸ La Commissione, nella "Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza" (in *GU* 101 del 27 aprile 2004, p. 43) ha fornito dei criteri di ripartizione della 'competenza' e di allocazione sulla base dell'idoneità di un'autorità a trattare un determinato caso. Non viene però escluso che più autorità si occupino del medesimo caso, ma anzi ne viene regolamentata l'azione, prevedendo dei meccanismi di coordinamento, senza nulla disporre in merito alla questione delle sanzioni.

¹⁰⁷⁹ C. GAUER, *Due Process in the Face of Divergent National Procedures and sanctions*, reperibile sul sito www.ibanet.org/images/downloads/Articles%20C3%A9line.pdf; E. PAULIS – C. GAUER, *Le règlement n. 1/2003 e le principe du ne bis in idem*, in *Concurrences*, 2005, p. 33

diversa estensione territoriale di un'infrazione porterebbe al mancato riconoscimento dell'identità del fatto. Tale impostazione e la sua premessa logica non paiono, invero, pienamente condivisibili. Altra dottrina¹⁰⁸⁰, con la quale si ritiene di convenire, ha posto in evidenza come le autorità nazionali siano obbligate a trattare un caso di violazione delle norme antitrust in maniera efficace in virtù dell'art. 10 CE e comminare sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive. Tali elementi consentirebbero ad una determinata autorità di sanzionare un accordo tenendo in considerazione anche gli effetti che si producono in un altro territorio, sulla base del presupposto che se le autorità nazionali si limitassero a sanzionare gli effetti dell'accordo solamente sul proprio territorio, non sanzionerebbero in maniera dissuasiva la violazione delle norme antitrust comunitarie, che presuppongono, per la loro stessa applicazione, un'incidenza sul commercio tra Stati membri¹⁰⁸¹.

Con riferimento ai rapporti tra Commissione ed autorità nazionali di Paesi terzi, viene negata la valenza del principio del *ne bis in idem*. I giudici comunitari si basano, ancora una volta, sulla diversità del bene giuridico tutelato dalle varie norme coinvolte, per ammettere la pluralità di procedimenti e di sanzioni. I giudici del Lussemburgo, però, interpretano detta diversità di bene giuridico sulla base dei distinti effetti dell'illecito sui vari territori. L'estensione territoriale di un'infrazione antitrust ed i suoi effetti su di un determinato territorio appaiono, pertanto, rivestire una duplice valenza: la prima, ben nota, di criterio di determinazione della competenza e, la seconda, di definizione del bene giuridico tutelato dalle norme di concorrenza. Tale impostazione non convince pienamente. La *ratio* sottesa alle legislazioni antitrust può essere considerata, a grandi linee, la medesima, ossia la tutela della concorrenza. L'unico elemento di differenziazione nel caso di illeciti che coinvolgono numerosi ordinamenti consiste nell'estensione territoriale di detta tutela. In definitiva, la diversità degli obiettivi perseguiti dalle varie normative

¹⁰⁸⁰ L. PIGNATARO, *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 254 e ss., in particolare p. 264; W. P. J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 85

¹⁰⁸¹ Tale ragionamento troverebbe riscontri nella possibilità prevista dall'art. 13 del regolamento n. 1/2003 di sospendere o archiviare un caso già trattato da un'altra autorità. Detta norma implicherebbe in capo all'autorità cui è attribuito il caso tutti i poteri necessari per poter sanzionare l'inosservanza degli articoli 81 e 82 CE.

antitrust viene spiegata in termini di territorialità che, invece, come è noto, funge da criterio di competenza/giurisdizione.

Alla luce di questa soluzione meriterebbe riflettere ulteriormente sulla possibilità di decurtare le sanzioni già inflitte, non già sulla base di un inesistente principio del *ne bis in idem*, quanto piuttosto sulla base di principi più generali, quali l'equità e la proporzionalità. Tale problema sorgeva nel momento in cui la Commissione considerava il fatturato mondiale del mercato rilevante per la commisurazione dell'importo di base per poi applicare un eventuale coefficiente moltiplicatore a fini di dissuasione in rapporto al fatturato globale dell'impresa coinvolta¹⁰⁸². Le imprese sono sempre state indotte a censurare tale operato in quanto la considerazione del fatturato mondiale, sia esso globale sia esso relativo al prodotto oggetto dell'infrazione, significava introdurre nel computo del *quantum* della sanzione elementi già oggetto di sanzioni in altri Paesi. Tale argomento potrà trovare forse una parziale soluzione con le novità nelle modalità di calcolo introdotte dalla recente pubblicazione dei nuovi Orientamenti per il calcolo delle ammende. Per il caso di infrazioni la cui estensione territoriale vada oltre il territorio comunitario, detti Orientamenti prevedono che la Commissione possa stimare il valore totale delle vendite relative al prodotto oggetto dell'infrazione nell'area geografica interessata, determinare la quota delle vendite di ciascuna impresa su tale mercato e “applicare tale quota alle vendite aggregate realizzate” nel territorio comunitario¹⁰⁸³. La determinazione della quota all'interno del territorio comunitario quale base di partenza, in luogo di quella mondiale, potrebbe condurre a risultati più equi, poiché in questo modo non si tiene conto di quella parte di fatturato che si è prodotta al di fuori della Comunità e che in ipotesi può già essere stata sanzionata.

¹⁰⁸² Come noto, il fatturato globale è ritenuto un utile indicatore “dell'effettiva capacità economica degli autori dell'infrazione di arrecare un danno consistente agli operatori e della necessità di assicurare all'ammenda un carattere sufficientemente dissuasivo” (cfr. sentenza del 7 giugno 1983, cause riunite 100-103/80, *Musique Diffusion française* e a. c. Commissione, in *Racc.*, 1983, p. 1825, punto 119). Il fatturato del prodotto rilevante, invece, viene considerato quale indicatore volte a determinare il peso specifico e pertanto dell'impatto reale sulla concorrenza del comportamento preso in considerazione dalla decisione, oltre che ai fini del rispetto del principio di proporzionalità, in quanto le diverse imprese partecipanti all'infrazione possono avere un peso notevolmente differente

¹⁰⁸³ Orientamenti *cit.*, punto 18.

Sotto il profilo dell'analisi economica del diritto si è osservato¹⁰⁸⁴, che il *bis in idem* crea problemi anche dal punto di vista della deterrenza marginale, in quanto se una sanzione viene percepita come eccessivamente severa gli individui possono essere indotti a scegliere e compiere azioni più dannose per la società. La deterrenza marginale si realizza, infatti, solo nella misura in cui ad azioni dannose vengano associate sanzioni più elevate. Con la comminazione di sanzioni da parte di diverse autorità, gli individui che intendono compiere illeciti antitrust potrebbero essere spinti a commettere infrazioni più gravi, in modo che il beneficio risulti essere comunque superiore al costo, ossia alla sanzione attesa.

4. In secondo luogo, si è proceduto ad analizzare il principio della responsabilità personale. Detto principio racchiude dentro di sé due concetti fondamentali: la responsabilità per un determinato illecito (penale) può essere attribuita solo 'per fatto proprio' e per 'fatto colpevole'. Ciò significa che un soggetto può essere sanzionato solo per fatti ad esso individualmente ascritti e solo se è presente un elemento soggettivo, ossia il dolo o la colpa.

Nel settore delle sanzioni antitrust tale principio fa emergere differenti ordini di questioni che riguardano, principalmente, le modalità di imputazione dell'illecito, la pratica del cd. *grouping* e le previsioni relative alle circostanze attenuanti ed aggravanti.

In primo luogo, ci si è domandati a quali entità possano essere imputati gli illeciti. Al fine dell'applicabilità di divieti posti dagli articoli 81 e 82 CE occorre, infatti, trovarsi in presenza di un' 'impresa'. Tale nozione è comunitaria, al fine di evitare disparità di trattamenti in virtù di differenze nei vari ordinamenti nazionali: è impresa "*qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento*"¹⁰⁸⁵. Risultano, quindi, sanzionabili, anche enti pubblici, nella misura in cui non agiscano *iure imperii*, ma si comportino come enti di diritto privato. L'imputabilità degli illeciti antitrust può far emergere talune questioni poiché ci si trova dinanzi ad entità giuridiche e non a persone

¹⁰⁸⁴ Cfr. G.J. STIGLER, *The Optimum Enforcement of Laws*, *Journal of Political and Economy*, 1970, p. 526; M. POLO, *Il modello di deterrenza ottimale*, in *Antitrust: le sanzioni*, a cura di A. TOFFOLETTO e L. TOFFOLETTI, Milano, 1996, p. 74.

¹⁰⁸⁵ Sentenza del 23 aprile 1991, *Höfner e Elser c. Macroton GmbH*, causa C-41/90, in *Racc.*, 1991, p. I-1979, punto 21.

fisiche. Se non si adottasse un approccio funzionale, basterebbe apportare alcune modifiche alle strutture societarie, per andare esenti da ammende. I singoli che compongono dette entità si organizzano e si strutturano in situazioni societarie molto complesse e spesso risulta difficoltosa l'esatta individuazione di tutti i collegamenti societari. Alcuni problemi sono emersi nell'ambito dei gruppi di società. I giudici comunitari hanno stabilito la non applicabilità delle norme relative all'art. 81 CE a tali realtà, nella misura in cui l'impresa madre e le affiliate non dispongano di effettiva determinazione dei propri comportamenti e possano essere considerati come un unico centro economico. In questi casi, eventuali intese avrebbero, quindi, lo scopo precipuo di una ripartizione interna delle risorse all'interno del gruppo. Seppure è condivisibile l'impostazione adottata dalle istituzioni comunitarie, che pare aver preso atto della realtà dei gruppi societari, in cui spesso si cerca un'efficiente allocazione delle risorse, ci pare di dover esprimere alcuni dubbi in riferimento ai criteri utilizzati al fine della determinazione della reale autonomia nelle imprese affiliate rispetto alla capogruppo. La giurisprudenza esistente in materia non consente di stabilire criteri univoci, se non mere affermazioni di principio, in cui si dà atto unicamente del fatto che occorre tenere conto della reale natura dei rapporti tra le imprese¹⁰⁸⁶. Particolarmente opportuna risulterebbe un'applicazione del concetto di controllo elaborato per la disciplina delle concentrazioni in base alla quale si ha controllo in presenza di *“diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa”*¹⁰⁸⁷. Ciò consentirebbe di ottenere una maggiore uniformità tra la disciplina delle intese e quella delle concentrazioni e contribuirebbe a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità alle decisioni della Commissione.

Rimanendo nell'ambito della materia dei gruppi di imprese, si pone altresì la questione dell'imputabilità dell'illecito all'interno del gruppo. Ci si è infatti domandati se anche la capogruppo debba rispondere per condotte poste in essere dalle controllate. La risposta dei giudici comunitari non si è fatta

¹⁰⁸⁶ Sentenza della Corte del 4 maggio 1988, *Corinne Bodson c. Sa Pompes funèbres des Régions libérées*, in *Racc.*, 1988, p. 2479, punto 20.

¹⁰⁸⁷ Art. 3 par. 2 del regolamento n. 139/2004, Regolamento del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GU L* 24 del 25.2.2004, p. 1.

attendere. Nel noto caso *ICI*¹⁰⁸⁸, la Corte ha affermato che può aversi responsabilità della società madre nel caso in cui l'affiliata, pur avendo personalità giuridica distinta, non decide in modo autonomo quale deve essere il suo comportamento sul mercato, ma applica, in sostanza, le direttive della cosa madre. Tale impostazione, seppur non consente di specificare i presupposti in base ai quali possa verificarsi la situazione sopra descritta, ha il pregio di evitare che le imprese possano adottare comportamenti elusivi. Sarebbe sufficiente far confluire il potere decisionale in imprese incapienti per sfuggire alle sanzioni della Commissione. L'attenuazione del principio della responsabilità personale appare, in queste circostanze, pienamente giustificato. La medesima situazione si verifica anche nei casi di fenomeni successori tra imprese. Le istituzioni comunitarie, infatti, hanno stabilito che in presenza di talune circostanze, una violazione delle norme della concorrenza può essere imputata al successore economico della persona giuridica che ne sia autore, al fine di non pregiudicare l'effetto utile di tali norme in conseguenza di modificazioni apportate alla forma giuridica delle imprese interessate¹⁰⁸⁹.

In secondo luogo, il principio della responsabilità personale assume rilievo con riferimento alla pratica della Commissione del cd. *grouping*. Con tale locuzione si intende la prassi della Commissione in materia di infrazioni che coinvolgono numerose imprese di dimensioni diverse, di suddividere le stesse in gruppi o categorie. Nelle intenzioni dell'istituzione comunitaria, ciò dovrebbe consentire di tenere conto dell'effettiva capacità delle imprese di arrecare danni significativi e della necessità di assicurare che l'importo dell'ammenda possa produrre un effetto dissuasivo sufficiente. Nella pratica, la Commissione individua, preliminarmente, l'impresa di dimensioni maggiori prendendo come riferimento o il fatturato globale o quello relativo al mercato rilevante; successivamente, procede a suddividere in varie categorie le imprese a seconda delle loro dimensioni, in proporzione alle dimensioni dell'impresa giudicata più grande. In seguito, la Commissione procede a comminare gli importi di base, anch'essi in misura proporzionale all'importo ritenuto adeguato per l'impresa di dimensioni maggiori. La prassi della divisione in gruppi solleva numerose questioni che attengono al principio di responsabilità

¹⁰⁸⁸ Sentenza della Corte del 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione*, causa 48/69, in *Racc.*, 1972, p. 619.

¹⁰⁸⁹ Sentenza del Tribunale del 11 marzo 1999, *NMH Stahlwerke GmbH c. Commissione*, causa T-134/99, in *Racc.*, 1999, p. II-239.

personale, poiché detta suddivisione non consente di tener conto delle dimensioni di ogni singola impresa in seno ad ogni singolo gruppo. Secondo i giudici comunitari, la Commissione non è gravata dell'onere di assicurare che gli importi finali tengano conto di tutte le differenze tra le imprese con riferimento al loro fatturato¹⁰⁹⁰. Tale impostazione non risulta però completamente condivisibile. Da un lato, all'interno dei singoli gruppi possono esistere notevoli differenze tra le imprese. Dall'altro, essa risulta pregiudizievole per le piccole e medie imprese, che spesso si trovano nella situazione di vedersi applicato un importo di base che già supera il limite del 10% del fatturato, previsto invece quale tetto per l'importo finale della sanzione. Ciò determina che tutti gli aggiustamenti dell'ammenda che devono essere effettuati in virtù degli Orientamenti, in realtà, non si ripercuotano effettivamente sull'importo finale della sanzione. Essi risultano, in ultima analisi, unicamente teorici.

In terzo luogo, il principio della responsabilità personale trova riscontro nella previsione di circostanze attenuanti ed aggravanti. Sia gli Orientamenti del 1998 che quelli del 2006 prevedono un'elencazione di circostanze attenuanti ed aggravanti, che consentono di effettuare maggiorazioni o diminuzioni dell'ammenda, al fine di determinare con esattezza la gravità della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione e consentire di diversificare le sanzioni in ossequio al principio della personalità delle pene¹⁰⁹¹, soprattutto nei casi di infrazioni che coinvolgono numerose imprese. La previsione di circostanze attenuanti ed aggravanti è stata oggetto di numerose critiche da parte delle imprese, soprattutto in riferimento alle percentuali da applicare per ogni singola riduzione o aumento ed al linguaggio ambiguo degli stessi Orientamenti.

Tra le circostanze aggravanti, quella che suscita questioni interpretative di maggior spessore dogmatico riguarda la recidiva. Con tale istituto, la Commissione può applicare determinate percentuali di maggiorazioni ad un illecito, in considerazione del fatto che l'impresa in questione aveva già commesso illeciti in passato. Tra le censure effettuate dalle imprese in materia, merita essere menzionata quella relativa alla non conformità dell'istituto della

¹⁰⁹⁰ Cfr. sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *LR AF 1998* c. Commissione, causa T-23/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1705, punto 278.

¹⁰⁹¹ Sentenza del tribunale del 29 novembre 2005, *Union Pigments AS* c. Commissione, causa , non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 118.

recidiva, così come previsto, con il principio della certezza del diritto. Gli Orientamenti non prevedono, infatti, alcuna previsione relativa al lasso di tempo massimo che deve intercorrere tra la prima infrazione e la seconda. Il Tribunale, investito della questione, si è limitato ad affermare che non essendo previsto alcun termine di prescrizione non può darsi alcuna violazione del principio della certezza del diritto. La motivazione addotta dal Tribunale dà adito a talune perplessità, in quanto pare aver estrapolato una massima di una precedente pronuncia, che ha poi dato luogo all'emanazione di norme *ad hoc* sulla prescrizione della possibilità di infliggere ammende per la violazione del diritto della concorrenza. In particolare, i giudici comunitari si sono riferiti alla sentenza *Chemiefarma*¹⁰⁹² in cui si discuteva di tale lacuna nell'ordinamento comunitario, lacuna appunto sopperita con la successiva emanazione del regolamento n. 2988/78. Appare, quindi, quanto meno inopportuno aver citato una pronuncia che ha dato luogo all'emanazione di una norma sulla prescrizione, quando nel caso di specie si era cercato di far valere l'illegittimità della previsione dell'istituto della recidiva, sia in quanto non adottata dall'organo legislativo, sia in quanto sprovvista di precisi limiti temporali. Tale lacuna può condurre a risultati iniqui, poiché configurare una recidiva 'perpetua' non consente di tenere conto del fatto che la compagine sociale dell'impresa che commette gli illeciti muta con il trascorre del tempo. Tale situazione di incertezza potrebbe essere ulteriormente aggravata dalla previsione della recidiva contenuta nei nuovi Orientamenti del 2006, poiché si prevede la possibilità di aumento del 100% dell'ammenda, quando un'impresa continua o ripete la *stessa infrazione* o *un'infrazione simile*, dopo che la Commissione o un'autorità nazionale abbiano constatato una violazione degli artt. 81 o 82 CE. Attualmente, quindi, la Commissione risulta legittimata non solo a considerare le stesse infrazioni ai fini di un aumento della recidiva, ma anche quelle solamente 'simili', per di più anche rilevate da autorità nazionali e senza alcun limite temporale.

Anche le valutazioni del Tribunale circa la piena legittimità dell'istituto della recidiva così come oggi previsto, non appaiono del tutto condivisibili. Ci pare, infatti, che non sussista un sufficientemente fondamento giuridico per la previsione di tale circostanza aggravante. La recidiva consiste in una

¹⁰⁹² Sentenza della Corte del 15 luglio 1970, *ACF Chemiefarma c. Commissione*, causa 42/69, in *Racc.*, 1979, p. 661, punto 19.

condizione soggettiva dell'autore dell'infrazione e non un elemento che attiene alla gravità o alla durata di un illecito. I giudici comunitari hanno invece stabilito la legittimità della previsione della recidiva negli Orientamenti, strumento giuridico non vincolante, sulla base del rilievo che essi consisterebbero unicamente in 'precisazioni' dei concetti di gravità e durata. In realtà, delle due l'una: o la recidiva rientra nel concetto di gravità, ma così non è, e quindi la sua previsione negli Orientamenti è lecita, oppure riguarda un elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, e allora non può rientrare nel concetto di gravità.

5. L'art. 23 del regolamento n. 1/2003 prevede espressamente che il potere della Commissione di infliggere alle ammende per infrazioni del diritto della concorrenza sia subordinato alla presenza di un elemento soggettivo: gli illeciti devono essere compiuti con intenzionalità oppure per negligenza. Si è pertanto provveduto ad analizzare in che misura il principio di colpevolezza trovi applicazione nell'accertamento della responsabilità delle imprese e rilevi nella commisurazione del *quantum* della sanzione. Il legislatore comunitario, infatti, richiedendo che le condotte anticoncorrenziali siano supportate da un elemento volitivo pare avere rifiutato, sul piano dogmatico, di configurare la responsabilità antitrust come fattispecie di responsabilità oggettiva. In realtà, l'elemento soggettivo viene interpretato in maniera piuttosto superficiale. Affinché un'infrazione delle norme sulla concorrenza possa considerarsi intenzionale, non risulta necessario che l'impresa sia conscia di trasgredire un divieto posto da tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il comportamento censurato aveva come scopo una restrizione della concorrenza¹⁰⁹³. Il requisito della volontarietà della pratica anticoncorrenziale non viene, dunque, inteso come consapevolezza dell'illiceità del comportamento ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato, ma come mera conoscenza o conoscibilità dell'idoneità di detto comportamento a determinare un'alterazione della struttura concorrenziale del mercato.

Tale statuizione di principio pone delicate questioni interpretative con riferimento a talune forme di illeciti antitrust, poiché la particolarità della materia, che implica complesse valutazioni economiche, comporta che

¹⁰⁹³ Cfr. *ex multis*, sentenza della Corte dell'8 febbraio 1990, *Tipp-ex GmbH & Co Kg c. commissione*, causa 279/87, in *Racc.*, p. I-2161.

possano darsi casi in cui l'illecito si verifica, anche ed in concorso, con particolare congiunture economiche o con particolari condizioni di mercato. Un comportamento lecito può divenire illegittimo per la scomparsa di un concorrente o di un mutamento della struttura del mercato. Le istituzioni comunitarie, invece, sanzionano, comunque, anche comportamenti che possono definirsi *borderline*. Tale atteggiamento non è del tutto condivisibile. Da un lato, se pure è vero che l'art. 23 del regolamento n. 1/2003 menziona l'elemento soggettivo unicamente al fine di consentire alla Commissione di comminare ammende, e pertanto nel caso di concorso di cause nella restrizione della concorrenza non dovrebbero essere inflitte ammende, è del pari vero che anche il mero accertamento di un'infrazione del diritto della concorrenza può produrre conseguenze rilevanti. La prima di esse riguarda la nullità di detto comportamento e di tutti gli atti da esso derivati; inoltre, l'accertamento dell'illecito può dare luogo alla richiesta di risarcimento dei danni da parte dei privati e dei concorrenti che si ritengono lesi dal comportamento anticoncorrenziale. Principi di civiltà giuridica impongono poi, in ossequio al brocardo *nullum crimen sine culpa*, che non possano essere configurabili responsabilità oggettive, salvo rare eccezioni. Dall'altro lato, l'elemento soggettivo dovrebbe coprire anche l'antigiuridicità, quale individuata dal precetto che contempla l'illecito. L'agente dovrebbe dimostrare di non tenere in considerazione la regola posta dalla strumento legislativo. Nel caso di illeciti artificiali, ossia quelli di creazione legislativa che non presuppongono anche un disvalore sociale sul piano morale, prima ancora che su quello giuridico, la conoscenza o conoscibilità del precetto riveste un ruolo fondamentale ai fini dell'individuazione della presenza dell'elemento soggettivo. Nel caso di ignoranza della legge, o di illeciti antitrust che si situano in zone "grigie", il soggetto agente potrebbe, infatti, non avere percezione dell'illiceità del proprio comportamento, essendo questo non supportato da un adeguato substrato sociale di disvalore.

Se anche si volesse ritenere accettabile l'interpretazione sopra descritta e che pone l'accento unicamente sulla conoscibilità degli effetti anticoncorrenziali di una data condotta, occorrerebbe comunque che le istituzioni comunitarie, al meno nel momento di inflizione dell'ammenda, verificassero in maniera rigorosa la presenza dell'elemento intenzionale o della negligenza, come del resto espressamente previsto nell'art. 23 del

regolamento n. 1/2003 e, correlativamente, sanzionassero in maniera più grave le sanzioni commesse intenzionalmente. E' invece affermazione ricorrente che, dal punto di vista della concorrenza, un'infrazione commessa per colpa, di per sé non risulta meno grave e nociva di una commessa intenzionalmente. Difficilmente, quindi, gli illeciti colposi ricevono un trattamento più lieve.

Nella prassi decisionale della Commissione e dei giudici comunitari, poi, non sempre i due requisiti vengono sufficientemente analizzati o differenziati. Risulta affermazione ricorrente, quasi clausola di stile che l'infrazione è stata commessa 'intenzionalmente o almeno negligenemente'¹⁰⁹⁴, sulla base del rilievo che l'art. 23 del regolamento n. 1/2003 non effettua alcuna distinzione in proposito, ma anzi li prevede alternativamente.

A rigore, invece, la mancanza dell'accertamento dell'elemento soggettivo dovrebbe condurre, quanto meno, all'esclusione dalla comminazione della sanzione. Nonostante le imprese abbiano effettuato numerosi tentativi in tal senso, nel panorama delle decisioni comunitarie è presente solamente una decisione in cui espressamente la Commissione non ha inflitto ammende in virtù della mancanza di prove della intenzionalità o negligenza delle parti nella presente fattispecie¹⁰⁹⁵.

Seppure può essere arduo immaginare che talune imprese pongano in essere in maniera inconsapevole un cartello, esistono aree di confine, zone del diritto antitrust in cui, le imprese commettono illeciti senza averne consapevolezza, per meri cambiamenti dell'assetto di mercato, completamente indipendenti dalla loro volontà. Ciò può verificarsi in talune forme di pratiche concordate e abusi di posizione dominante in cui le variabili di mercato possiedono una rilevanza preponderante rispetto alla volontarietà di restrizione della concorrenza. Per questi illeciti, per così dire "atipici" entrano in gioco, oltre ai comportamenti delle imprese interessate, anche altri fattori, quali la forma di mercato, le abitudini concorrenziali del settore, la struttura dei rapporti tra le imprese, l'esistenza di precedenti giurisprudenziali in materia o meno. Un atto originariamente non idoneo a determinare restrizione della concorrenza, può divenire tale in conseguenza ed eventi esterni. Tali elementi

¹⁰⁹⁴ Cfr. decisione del 14 dicembre 1979, *Pioneer*, in GU L 60 del 5.3.1980; decisione del 6 maggio 1984, *Polistil Arboris*, in GU L 136 del 25.5.1984.

¹⁰⁹⁵ Decisione della Commissione del 5 settembre 1979, IV/29.021, BP *KEM-DDSF*, in GU L 286 del 14 novembre 1979, p. 32, punto 103.

spesso non risultano conoscibili a priori dalle imprese interessate, che possono vedersi comminare sanzioni per condotte che sfuggono al loro controllo. Le variabili economiche esistenti in questi casi limite, spesso sono conoscibili unicamente dalle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, che dispongono di una visione economica e prospettica più ampia. Se non si desse rilevanza all'aspetto volontaristico ci si troverebbe dinanzi a forme di responsabilità oggettiva che il tenore letterale dello stesso art. 23 regolamento n. 1/2003 esclude espressamente.

La mancanza di un reale accertamento del nesso psichico non pare del tutto condivisibile per due ordini di ragioni. In primo luogo, il fatto che la norma in questione richieda inequivocabilmente la presenza di un elemento soggettivo indica che il legislatore comunitario abbia inteso richiedere un certo grado di colpevolezza e pertanto, le restrizioni della concorrenza "accidentali" non potrebbero essere punite. In secondo luogo, dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, considerare le imprese responsabili "oggettivamente" genererebbe un inutile spreco di risorse in quanto esse si troverebbero nell'impossibilità di potere determinare a priori quali comportamenti tenere, in quanto verrebbero in ogni caso punite. Per le imprese non sarebbe possibile determinare con un sufficiente grado di certezza quali condotte saranno considerate vietate e quali invece lecite; pertanto sarebbero costrette o ad astenersi completamente dall'agire – con evidente spreco di potenzialità – oppure ad agire effettuando costose indagini nell'inutile ricerca di accertamento dell'illecito o meno del loro comportamento.

In tema di decisioni di associazioni di imprese, il tema del rispetto del principio di colpevolezza si pone anche secondo un'altra prospettiva. La prassi delle istituzioni comunitarie, nella vigenza dell'abrogato regolamento n. 17/62, era nel senso di prevedere la possibilità di prendere in considerazione, al fine di commisurare l'ammenda, il fatturato globale di tutte le imprese partecipanti all'associazione e non solo quello dell'associazione, che in ipotesi poteva anche essere irrisorio. Detta prassi ha trovato giustificazione nel fatto che la presa in considerazione del volume d'affari delle imprese associate, non significava infliggere loro un'ammenda, né un obbligo di accollarsi la sanzione. Nel caso di incapacienza dell'associazione, dunque, le istituzioni comunitarie non avrebbero potuto riscuotere l'ammenda e le imprese

coinvolte, seppur indirettamente, nelle infrazioni avrebbero potuto beneficiare di tale situazione e non subire alcuna conseguenza¹⁰⁹⁶.

La soluzione, tuttavia, non sempre poteva dirsi soddisfacente, in quanto i margini per la sanzionabilità anche delle imprese sono risultati piuttosto ristretti. Tale preoccupazione pare aver ricevuto un'espressa soluzione con il l'art. 23 par. 4 del regolamento n. 1/2003, il quale stabilisce che nel caso di insolvenza dell'associazione, questa possa richiedere ai propri membri contributi *pro quota* fino a concorrenza dell'importo dell'ammenda. In caso di mancato pagamento, la Commissione potrà esigere l'intero pagamento da una delle imprese associate, i cui rappresentanti facevano parte degli organi direttivi dell'associazione. Sono escluse da detto obbligo di pagamento, le imprese che non hanno attuato l'illecito, o che non erano al corrente della sua esistenza o si sono attivamente dissociate dall'infrazione.

Nella sua applicazione pratica, la formulazione di tale norma può creare dubbi sulla sua conformità al principio di colpevolezza e risulta in parziale contrasto con la giurisprudenza sopra citata relativa alla legittimità della presa in considerazione del fatturato globale delle imprese affiliate, sulla base del presupposto che non vi sia un obbligo giuridico di solidarietà nel pagamento dell'infrazione. In presenza di tale obbligo, infatti, le sanzioni risultano in realtà inflitte alle singole imprese e non solo all'associazione. Ciò comporterebbe una grave violazione dei diritti di difesa delle imprese coinvolte, nella misura in cui esse non prendano parte alla procedura amministrativa. Seppure astrattamente si può convenire sull'opportunità di stabilire una responsabilità solidale per le imprese che hanno attivamente partecipato ai processi decisionali dell'associazione, al fine di non svuotare di contenuto l'art. 81 CE e di evitare comportamenti elusivi e fraudolenti da parte delle imprese, altrettanto non può dirsi per quelle che tale ruolo non hanno avuto. Ciò si verifica, soprattutto, in quanto le prove richieste per non essere chiamati a rispondere, ossia la mancata conoscenza dell'intesa restrittiva e di essersi attivamente dissociate da essa, risultano molto ardue, tanto da far avvicinare tale tipologia di responsabilità ad una oggettiva. I giudici comunitari hanno sviluppato il principio della cd. dissociazione pubblica, in

¹⁰⁹⁶ Al fine di ovviare a tale problema, spesso si è cercato di chiamare a rispondere delle condotte dell'associazione anche le imprese affiliate nella misura in cui gli atti delle imprese e dell'associazione non erano chiaramente distinguibili, oppure quanto un'impresa aveva svolto un ruolo propulsivo rilevante.

base al quale un'impresa che ha partecipato ad una riunione dal contenuto illecito, può andare esente da responsabilità solo se essa fornisce la prova di essersi formalmente dissociata dal contenuto di tali riunioni. Detta dissociazione deve essere suffragata da prove atte a dimostrare che la partecipazione dell'impresa alle riunioni era priva di intenti anticoncorrenziali e che anche le altre partecipanti erano consapevoli del diverso spirito con cui l'impresa prendeva parte alle riunioni¹⁰⁹⁷. Si esige, dunque, che l'impresa che ha preso parte a riunioni dallo scopo anticoncorrenziale, comunichi in modo sufficientemente chiaro alle altre entità presenti che, malgrado le apparenze, essa è in disaccordo con i comportamenti vietati da esse intraprese. Nella pratica, risulta estremamente arduo per un'impresa fornire la prova della propria dissociazione, in quanto dovrebbe basarsi sulle indicazioni e dichiarazioni fornite dalle altre imprese coinvolte nell'illecito. Il fatto che durante le riunioni non vengano stilati verbali o note o che eventuali votazioni avvengano in maniera informale, per *consensus* o per alzata di mano, rende pressoché impossibile fornire la prova della dissociazione, anche se l'impresa non ha aderito a tale deliberazioni. Nonostante le affermazioni contrarie dei giudici comunitari, in base alle quali non risulterebbe corrispondente al vero il fatto che la prova della dissociazione di un'impresa dipende dalle mere affermazioni delle sue concorrenti, non è dato sapere con certezza quale mezzo adottato dall'impresa possa essere considerato idoneo a far conoscere il suo disaccordo alle altre imprese presenti alla riunione.

Dette imprese potrebbero così vedersi sanzionate per condotte in realtà volute ed intraprese da altri ed anche se non hanno partecipato ad ogni singola riunione. Negli accordi cd. complessi, composti da pratiche concordate ed intese, non viene nemmeno richiesta la partecipazione ad ogni singola riunione avente oggetto anticoncorrenziale, essendo sufficiente la partecipazione all'accordo nel suo complesso¹⁰⁹⁸. Ciò rende tale prova ancora più ardua, poiché risulta sufficiente la mera partecipazione ad una riunione avente, tra gli altri, un contenuto anticoncorrenziale, per dover rispondere di tutta l'infrazione.

¹⁰⁹⁷ Sentenza del Tribunale dell'11 dicembre 2003, *Adriatica Navigazione s.p.a. c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, p. II-5349, punto 135, confermata anche dinanzi alla Corte con ordinanza del 16 febbraio 2006, causa C-111/04P *Adriatica Navigazione s.p.a. c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*..

¹⁰⁹⁸ Cfr. Sentenza del Tribunale del 20 aprile 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commissione*, cause T-305/94, in *Racc.*, 2000, p. II-931.

L'accoglimento della teoria della dissociazione pubblica pare dunque porsi in contrasto con il principio della responsabilità personale e di colpevolezza. Essa sembra inoltre invertire l'onere della prova, in quanto spetterebbe alla Commissione provare l'infrazione e non alle imprese di essersi formalmente dissociate da riunioni cui partecipano senza intenzioni anticoncorrenziali. L'adesione *sic et simpliciter* a questa teoria comporta per la Commissione di dover provare unicamente che vi sia stata una riunione dal contenuto anticoncorrenziale in senso lato, senza necessità di accertare il reale comportamento delle imprese coinvolte ed quindi, in ultima analisi, il grado di colpevolezza.

La nuova formulazione del par. 4 dell'art. 23 rende tale questione ancora più evidente, poiché in caso di insolvenza dell'associazione coinvolta, saranno chiamate a rispondere tutte le imprese che hanno partecipato alle riunioni, salvo riescano a dimostrare la loro dissociazione pubblica. In passato, invece, le istituzioni comunitarie avrebbero dovuto fornire la prova dell'ascrivibilità della condotta illecita anche alle singole imprese coinvolte. Ciò comportava anche la partecipazione delle stesse a tutto il procedimento amministrativo e, conseguentemente, conferiva loro il diritto di potersi attivamente difendere dinanzi agli organi comunitari. Nonostante risulti condivisibile la *ratio* sottesa a tale nuova norma, che pare essere nel senso di rendere maggiormente efficaci le norme antitrust e di evitare comportamenti elusivi, l'atteggiamento rigoroso delle istituzioni comunitarie dà adito a talune perplessità. Sulle imprese, infatti, grava il difficile onere di una prova negativa, di quanto non è stato positivamente accertato dalla Commissione, ossia la piena partecipazione all'intesa.

La questione della rilevanza dell'elemento soggettivo assume particolare rilevanza anche in relazione alla figura di pratica concordata. In base all'interpretazione fornita dai giudici comunitari, per la configurazione di detta fattispecie occorre una concertazione tra le imprese, un successivo comportamento dell'impresa sul mercato ed un nesso causale tra i due elementi. La mera partecipazione a concertazioni, di per sé, può essere un chiaro indice della pratica concordata, poiché le imprese che rimangono presenti sul mercato, necessariamente tengono conto degli scambi di informazioni con i loro concorrenti, per decidere il proprio comportamento sul mercato. La presunzione stabilita dai giudici comunitari pone delicati problemi

relativi al rispetto del principio di colpevolezza, in quanto per le imprese risulta pressoché impossibile dimostrare il contrario, in virtù della teoria della dissociazione espressa. Nell'ambito delle pratiche concordate, infatti, in cui dominano le teorie economiche, ci sembra che maggiore attenzione andrebbe posta sulla sussistenza di un volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, proprio al fine di non trasformare tali condotte in illeciti oggettivi.

Anche il concetto di abuso di posizione dominante non pare in linea con il principio di colpevolezza. Come noto, infatti, tale nozione viene interpretata in maniera "oggettiva" e l'elemento psicologico sembra rimanere sulla sfondo. La natura oggettiva dell'abuso implica, pertanto, che qualsiasi comportamento possa essere abusivo, indipendentemente dalle intenzioni dell'impresa dominante. In pratica, occorre solamente valutare se la condotta in questione tende, oggettivamente, a restringere la concorrenza. L'eventuale dolo, che in generale è suscettibile di incidere sulla gradazione della sanzione, può contribuire solo in alcuni casi a rendere abusiva una condotta che altrimenti sarebbe legittima, come avviene nel caso dei prezzi predatori che non siano di per sé abusivi. Nel caso dell'art. 82 CE, invece, sarebbe quanto mai opportuno richiedere una particolare coloritura della condotta sul piano psicologico al fine di non scivolare in ipotesi di responsabilità oggettiva che non sono espressamente previste dal legislatore comunitario.

6. L'art. 23 del regolamento n. 1/2003 – e prima ancora il previgente articolo 15 del regolamento n. 17/62 - prevede quali unici criteri al fine della determinazione dell'ammenda la gravità e la durata. Tale scarsa normativa è stata oggetto di numerose censure con riferimento al rispetto del principio di legalità, poiché vengono lasciati ampi margini di manovra alla Commissione. Anche i successivi Orientamenti, che avrebbero dovuto contribuire a rendere più trasparente e certa la metodologia di calcolo delle ammende, non hanno sortito l'effetto sperato, in quanto il contenzioso in materia di sanzioni è risultato notevolmente aumentato.

Con riferimento alla censura relativa all'incompatibilità della normativa di cui all'art. 15 del regolamento n. 17/62 con il principio di legalità, i giudici comunitari hanno affermato la piena conformità dell'articolo in questione con detto principio. I requisiti previsti dal principio di legalità sono soddisfatti anche se i termini in forza dei quali vengono inflitte sanzione

non sono precisi al punto tale da rendere conoscibili e prevedibili con assoluta certezza le conseguenze di una loro infrazione¹⁰⁹⁹. Il limite del 10% del fatturato consente, poi, che l'importo dell'ammenda irrogabile sia predeterminabile nella misura massima.

Anche gli Orientamenti sono stati considerati pienamente legittimi e conformi al principio di legalità: un operatore accorto può, eventualmente ricorrendo ad un legale, prevedere in modo sufficientemente preciso il metodo di calcolo e l'ordine di grandezza delle ammende in cui egli incorre per un determinato comportamento. Il fatto che detto operatore non possa, in anticipo, conoscere con previsione l'entità delle ammende che la Commissione comminerà in ogni singolo caso, non può costituire una violazione del principio di legalità delle pene, tenuto conto del fatto che in ragione della gravità delle infrazioni che la Commissione è chiamata a sanzionare, gli obiettivi di repressione e dissuasione, giustificano la volontà di evitare che le imprese siano in grado di valutare i benefici che godrebbero dalla loro partecipazione ad un'infrazione, tenendo conto dell'importo che sarebbe loro inflitto a causa di tale comportamento illecito¹¹⁰⁰.

Ci pare che il ragionamento del Tribunale non sia immune da censure, soprattutto nella misura in cui ha ritenuto, da un lato, che la prassi amministrativa della Commissione non è vincolante e, dall'altro, che in virtù del principio di parità di trattamento essa non possa trattare in maniera differente situazioni uguali e viceversa. Risulta infatti affermazione ricorrente che la Commissione possa innalzare in ogni momento il livello dell'applicazione delle ammende, qualora l'efficace applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza lo richieda. Tale ragionamento appare una contraddizione in termini, poiché, la Commissione ha buon gioco per basarsi su asseriti elementi di differenziazione per mutamenti della propria prassi decisionale, addirittura con effetti retroattivi. L'art. 15 del regolamento n. 17, e oggi l'art. 23 del regolamento n. 1/2003 di tenore del tutto analogo, effettivamente potrebbero dirsi conformi al principio di legalità delle pene, ma a patto che il potere decisionale della Commissione e quindi, in ultima analisi, la sua discrezionalità, venisse imbrigliata in maglie legislative più stringenti. Oggi, la sua discrezionalità, trova un limite solamente negli Orientamenti,

¹⁰⁹⁹ Sentenza del Tribunale del 5 aprile 2006, *Degussa AG c. Commissione*, causa T-279/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹¹⁰⁰ Sentenza *Degussa cit.*, punto 83.

strumenti giuridici formalmente non vincolanti, che essa stessa si è data e che non sempre vengono rispettati.

Un'altra questione che si è posta attiene all'applicazione suppostamente retroattiva degli Orientamenti anche per infrazioni avvenute prima della loro pubblicazione. La Corte¹¹⁰¹ ha ammesso che la modifica della politica repressiva della Commissione nel settore della concorrenza, attuata mediante l'adozione di norme di comportamento quali gli Orientamenti, che ricadono nella nozione di diritto ai sensi dell'art. 7.1 CEDU, può effettivamente porre dei dubbi di compatibilità con il principio di irretroattività, supposto che abbiano un effetto aggravante. La Corte, riecheggiando la giurisprudenza di Strasburgo in base alla quale una norma o una interpretazione non possono dirsi in violazione del principio di irretroattività se la loro applicazione poteva dirsi ragionevolmente prevedibile da parte di un accorto operatore, ha pertanto provveduto ad esaminare se detta modifica fosse "ragionevolmente prevedibile" all'epoca in cui le infrazioni sono state commesse. I giudici del Lussemburgo hanno, dapprima, rilevato come il nuovo metodo consistesse in una tariffazione degli importi di base e poi hanno inspiegabilmente, risolto la questione della prevedibilità sul piano del legittimo affidamento. In particolare, si è affermato che potendo la Commissione innalzare in ogni momento il livello delle ammende al fine di garantire l'attuazione della politica comunitaria della concorrenza, le imprese devono tener conto della possibilità che la Commissione possa in ogni momento decidere di aumentare il livello delle ammende rispetto a quello applicato in passato. Ciò può anche avvenire attraverso l'emanazione di norme di comportamento a portata generale, come gli Orientamenti, senza violare il principio di irretroattività, in quanto un eventuale aggravamento poteva dirsi ragionevolmente prevedibile. In realtà, il ragionamento seguito dalla Corte non appare essere del tutto coerente, poiché resta irrisolta la questione della ragionevole prevedibilità. I giudici comunitari non hanno, infatti, spiegato in base a che parametri essa vada ricercata. Basarsi unicamente sulla discrezionalità della Commissione, non pare essere conforme alla certezza del diritto, poiché gli operatori economici non sono posti in grado di conoscere in anticipo e con esattezza la magnitudine delle sanzioni che potranno essere comminate dalla

¹¹⁰¹ Sentenza della Corte del 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri I* e a. c. Commissione, cause riunite C-189/02, in *Racc.*, 2005, p. I- 5425..

Commissione, soprattutto se notevoli mutamenti nella prassi della Commissione intervengono tra il momento in cui viene posta in essere l'infrazione ed il momento in cui viene sanzionata.

Con riferimento al rispetto del principio della certezza del diritto degli Orientamenti del 1998, non pare potersi affermare che la loro adozione abbia risolto i dubbi esistenti in materia. Nelle intenzioni della Commissione, probabilmente, il cambiamento di base di partenza per il calcolo delle sanzioni, svincolata quindi da qualsivoglia fatturato, avrebbe dovuto condurre ad una riduzione del contenzioso, che in passato aveva proprio censurato le modalità di accertamento del mercato rilevante e relativo fatturato. Ciò è stato, invece, smentito dalla pratica. Innanzitutto, gli Orientamenti sono stati censurati proprio perché spesso non era dato comprendere la *ratio* che aveva condotto la Commissione ad assumere quale base di calcolo per l'ammenda determinati importi. Prima dell'emanazione degli Orientamenti, la prassi decisionale della Commissione era stata sottoposta a numerose censure con riferimento alla mancanza di trasparenza nella metodologia per la determinazione del *quantum* della sanzione, mentre nella vigenza degli Orientamenti, seppure è possibile conoscere l'*iter* logico seguito dalla Commissione, non è dato conoscerne le ragioni. In secondo luogo, le esigenze di trasparenza e certezza non possono dirsi raggiunte. Raramente gli importi indicati hanno costituito la base di calcolo per il calcolo dell'ammenda. La Commissione ha spesso utilizzato anche altri parametri, non espressamente menzionati negli Orientamenti. La Commissione, infatti, sotto il cappello della proporzionalità, ha proceduto alla divisione delle imprese in gruppi in funzione delle loro dimensioni, provocando così trattamenti differenziati. A parità di gravità di infrazione, le imprese si sono viste comminare importi notevolmente diversi. L'opacità ed incoerenza della prassi decisionale della Commissione non ha avuto altro effetto che quello di aumentare il contenzioso, soprattutto con riferimento ad asserite violazioni del principio di uguaglianza e parità di trattamento, visto che fino ad oggi i giudici comunitari non ha mai utilizzato il loro potere di "piena giurisdizione" per condurre ad aumenti di pena.

Infine, gli Orientamenti sono anche stati criticati per la vaghezza della terminologia utilizzata che lasciava comunque alla Commissione un ampio

marginale discrezionale e che quindi era lungi dal rappresentare le esigenze di certezza tanto richieste dalle imprese.

I nuovi Orientamenti del 2006 paiono maggiormente rispondere a criteri di razionalità economica, poiché prendono in considerazione, come base di calcolo, una percentuale del valore delle vendite dei beni oggetto dell'infrazione. Pare dunque, che si sia accolto l'approccio a favore della deterrenza. Questo prevede che la sanzione ottimale debba essere calcolata assumendo come parametro di riferimento il guadagno ottenuto con l'illecito. La sanzione dovrà risultare dal guadagno atteso dalla violazione moltiplicato per l'inverso delle probabilità di accertamento.

Le censure che hanno investito gli Orientamenti del 1998 e che sono state respinte dagli organi giudiziari comunitari, rimangono di attualità anche con riferimento ai nuovi Orientamenti. Da una prima lettura non pare, infatti, che essi possano andare a sopperire le lacune ed il mancato rispetto di taluni principi fondamentali, fatti valere a più riprese dalle imprese. Il linguaggio degli stessi continua a rimanere piuttosto vago; non vi è alcuna indicazione dei parametri adottare per la commisurazione della cd. *entry fee*; viene addirittura espressamente previsto che la Commissione possa, in casi particolari o per raggiungere un determinato effetto dissuasivo, discostarsi dall'applicazione degli stessi Orientamenti. E' facile intuire come tale ultima possibilità potrà dare adito a numerose lamentele da parte delle imprese ed a un conseguente aumento del contenzioso. Occorrerà dunque che la Commissione si premuri di congruamente motivare un eventuale scostamento dagli Orientamenti, al fine di non incorrere in censure riguardanti il mancato rispetto del principio di legittimo affidamento e di legalità.

7. Considerazioni conclusive

Dall'analisi effettuata, risulta che la prassi decisionale della Commissione necessita di maggiore rigore nella comminazione di sanzioni per violazioni del diritto della concorrenza, soprattutto in considerazione delle somme elevate che vengono inflitte alle imprese.

Risulterebbe altresì auspicabile che i principi oggetto della presente ricerca venissero maggiormente rispettati da parte delle istituzioni comunitarie. Il malcontento che serpeggia nelle imprese è palese e risulta dall'elevato numero

dei ricorsi. L'esito delle impugnazioni spesso consente alle imprese di ottenere parziali riduzioni delle ammende, proprio sulla base del mancato rispetto da parte della Commissione dei principi sopra analizzati. Ciò comporta anche un aggravio di lavoro per gli organi giudiziari comunitari e anche della stessa Commissione, i quali, invece, potrebbero impiegare le loro risorse per combattere le infrazioni più gravi del diritto della concorrenza, come i cartelli, o per incrementare una cultura antitrust all'interno della Comunità europea. Con l'adozione dei nuovi Orientamenti, poi, che condurranno ad un notevole incremento delle ammende sino ad ora inflitte, è prevedibile anche un correlativo ulteriore aumento dei ricorsi.

Probabilmente sarebbe auspicabile che le modalità di calcolo per le ammende, attualmente contenute negli Orientamenti, fossero trasposte in uno strumento giuridico vincolante, invece che rimanere in uno strumento di *soft law* e che fossero maggiormente dettagliate. Tale circostanza potrebbe indurre la Commissione a rispettare maggiormente le previsioni legislative. Inoltre, la previsione di criteri dettagliati direttamente da parte del legislatore, risulterebbe essere maggiormente conforme al principio di legalità.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ALESSANDRI A., *sub. art. 31*, in MARCHETTI P.– UBERTAZZI L. C., in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, 2004, p. 2415 e ss.;
- 2) AMALFITANO C., *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, p. 923 e ss.;
- 3) AMEYE E.M., *The Interplay between Human rights and competition law in the EU*, in *European Competition Law Review*, 2004, pp. 332 e ss.;
- 4) ANDERSEN J. A., *The Nature and Purpose of Fines under EC Competition law*, in AA.VV., *Frontiers of Competition Law*, London, New York, Chichester, Brisbane, Singapore, 1994, p. 114;
- 5) ANTONELLI G., CAINELLI G., DE LISO N., LEONCINI R., MONTRESOR S., *Economia*, Torino, 2003, p. 327.
- 6) ARBAULT F., *La politique de la Commission en matière d'amendes antitrust: récents développements, perspectives d'avenir*, in *Competition Policy Newsletter* del 13 agosto 2003, p 1 e ss.;
- 7) ARNAUDO, L. *Le sanzioni della disciplina della concorrenza: natura, limiti e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998;
- 8) ATRILL S., *Nulla Poena Sine Lege in Comparative Prospective: Retrospectivity under ECHR and US Constitution*, in *Public Law*, 2005, p. 107 e ss.;
- 9) BAKER D.L., *The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 2001, pp. 693 e ss.;
- 10) BARATTA R., *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto, Studi in onore di F. Capotorti*, Milano, 1999, p. 3 e ss.;
- 11) BARBERA A., *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 241 e ss.;
- 12) BASSI A., *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante al giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, 5, p. 1398 e ss.;
- 13) BECKER G., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *J. Political Econ.*, 1968, pp. 168 e ss.;
- 14) BELLAVISTA G. –. TRANCHINA G., *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1987, p. 707;

- 15) BENENATI A.B., *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del "ne bis in idem"?*, in *Dir. pen e proc.*, 1998, p. 1549 e ss.;
- 16) BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 673 e ss.;
- 17) BERNARDINI A.– GRANDI C., *Country Analysis, Italy*, in G. DANNECKER – O. JANSEN, *Competition Law Sanctioning in the European Union*, The Hague/London/New York, 2004, p. 646;
- 18) BERTONAZZI L., *Il d. lgs. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 1166 e ss.;
- 19) BLAIOTTA R., *Coscienza del disvalore sociale e colpevolezza: le antinomie della Suprema Corte*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 110 e ss.;
- 20) BRICOLA F., *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it.*, 1980, p. 959 e ss.;
- 21) CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, p. 156 e ss.;
- 22) CALABRIA A., *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *Indice penale*, 1991, p. 35 e ss.;
- 23) CALIGIURI A., *L'applicazione del principio ne bis in idem in diritto comunitario: a margine della sentenza Gözütok e Brügge*, in *Riv. dir. inter. priv. e proc.*, 2003, p. 876 e ss.;
- 24) CARACCILO I., *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale*, Napoli, 2000;
- 25) CARLE J.– S. PERVAN LINDERBORG – E. SEGENMARK, *The new Leniency Notice*, in *E.C.L.R.*, 2002, pp. 265 e ss.;
- 26) CARUSO A., *Colpa nell'illecito antitrust*, in *Danno e resp.* 1998, p. 122 e ss.;
- 27) CASETTA E., *Sanzione amministrativa*, in *Digesto*, 1990, p. 598
- 28) COCCO G., *L'illecito degli enti dipendenti da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, p. 90 e ss.;
- 29) COFEE J.C., *Paradigm Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What can be done About it*, in *The Yale Law Journal*, 1992, vol. 101, pp. 1874 e ss.;
- 30) COLANGELO G., *La posizione dominante collettiva*, in *Il dir. ind.*, 2003, p. 268 e ss.;

- 31) COOTER R., *Prices and Sanctions*, in *Columbia Law Review*, 1984, p. 1523 e ss.;
- 32) CRISCUOLI R., *Pratiche concordate e mercato oligopolistico: il problema della prov.*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2 e ss.;
- 33) DAVIES S. L., *The Jurisprudence of Willfulness: an evolving theory of excusable ignorance*, in *Duke Law Journal*, 1998, p. 341 e ss.;
- 34) DE BROCA H., *Les nouvelles Lignes directrices de la Commission en matière d'ammendes*, in *Concurrences*, 2006, p. 37 e ss.;
- 35) DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico, inglese-italiano*, Milano, 1984,
- 36) DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, 1995, p. 68 e ss.;
- 37) DE RISIO A., *Societas delinquere potest?*, in *Giur. Merito*, 2005, p. 1153 e ss.;
- 38) DE ROSA M. G., *Ignoranza scusabile della legge penale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1725 e ss.;
- 39) DEBROUX M., *L' 'imprévisibilité transparente': La politique de sanction de la Commission en matière de cartels*, in *Concurrences*, 2006, p. 3 e ss.;
- 40) DENNEKER G. – JANSEN O., *Competition Law Sanctioning in the European Union*, The Hague/London/New York, 2004.;
- 41) DOLCINI E., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 863 e ss.;
- 42) DONINI M., *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, p. 192 e ss.;
- 43) EILMANBERGER T. – THYRI P., *Third Country Antitrust Sanctions and EC Law – Comments on the Advocate General's Opinion in C-308/04P SGL Carbon v. Commission*, in *ECLR* 2006, p. 397 e ss.;
- 44) FALCE V., *Lo scambio di informazioni nell'esperienza comunitaria e nazionale*, in *Giur. Comm.*, 1999, p. 238 e ss.;
- 45) FARINELLI S., *Sull'applicazione del principio del ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 900 e ss.;
- 46) FATTORI P. – DE VITA M., *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, in *Temi e Problemi*, settembre 1996, p. 7, reperibile sul sito dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, www.agcm.it;

- 47) FATTORI P., *I poteri dell'Autorità garante in materia di intese ed abuso di posizione dominante: diffide e sanzioni*, in *Riv. it. dir. pub. comunit.*, 1997, p. 877 e ss.;
- 48) FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2002;
- 49) FRANZONI L. A. , *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003;
- 50) FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385 e ss.;
- 51) FLORA G., voce *Errore*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Torino, 1990, p. 255 e ss.;
- 52) FLORIDIA G.– CATELLI V. G., *Diritto antitrust*, Milano, 2003;
- 53) FRIGNANI A.– WAELEBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996;
- 54) FURSE M- NASH S., *The Cartel Offence*, Oxford, Portland, Oregon, 2004;
- 55) GALANTINI N, *Il principio del "ne bis in idem" internazionale nel processo penale*, Milano, 1984;
- 56) GARZANITI L.– SCASSELLATI-SFORZOLINI G., *Liability of successor undertakings for infringements of EC Competition law committed prior to corporate reorganisations*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 348 e ss.;
- 57) GAUER C., *Due Process in the Face of Divergent National Procedures and sanctions*, reperibile sul sito www.ibanet.org/images/downloads/Articles%20C3%A9line.pdf, pp. 5 e ss.;
- 58) GERARDIN D.– HENRY D., *The EC fining policy for violation of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community court's judgment*, in *GCLC Working Paper*, 03/05, p. 7;
- 59) GIANNITI P., *Rilievi sul "fatto" nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 2, 408 e ss.;
- 60) GIOVANNINI A., *Costo e sanzione nel reddito dell'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, p. 880 e ss.;
- 61) GIOVENE A., *Giudicato*, in *Digesto penale*, 1989, p. 431 e ss.;

- 62) GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Torino, 1989, p. 107 e ss.;
- 63) GRASSO G., *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1995, 1159 e ss..
- 64) GRILLO M., *L'ottimalità delle sanzioni antitrust*, paper presentato in occasione della Conferenza *Analisi Economica e Diritto Amministrativo*, Venezia, Fondazione Giorgio Cini, 28-29 settembre 2006;
- 65) GUIZZARDI S., *I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull'introduzione nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 1087 e ss.;
- 66) HOEGH K., *Succession of liability for competition law infringements – The Cement Judgment*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 534 e ss.;
- 67) JAKOBSEN P.S – BROBERG M., *The Concept of Agreement in Article 81 E.C.: on the Manufacturer's Right to Prevent Parallel Trade within the European Community*, in *ECLR*, 2003, p. 127 e ss.;
- 68) JOSHUA J.M. – CAMESCA P.D., *Where Angels fear to tread: The Commission's 'new' leniency policy revisited*, in *The European Antitrust Review*, 2005, p. 10 e ss.;
- 69) JOSHUA M., *Oral Statements in EC Competition Proceedings: a due process short-cut*, in *Competition Law Insight*, 2004, p. 1 e ss.;
- 70) KATTAN J., *Beyond Facilitating Practices: Price Signalling and Price Protection Clauses in the New Antitrust Environment*, in *63 Antitrust Law Journal*, 1994, p. 133 e ss.;
- 71) KERSE C. – KHAN N., *EC Antitrust Procedure*, Fifth edition, London Sweet & Maxwell, 2005;
- 72) KHANNA V.S., *Corporate Criminal Liability: What purpose does it serve?*, in *Harvard Law Review*, 1996, p. 1477 e ss.;
- 73) KOKKORIS I., *The Reform of European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtur Case – The Eagerly Expected Debate: SLC v. Dominance Test*, in *E. C. L. R.*, 2005, pp. 37 e ss.;
- 74) LAMANDINI M., *Il "controllo". Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Torino, 1994;

- 75) LANDES W. M., *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, *The University of Chicago Review*, 1983, pp. 652 e ss.;
- 76) LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 123 e ss.;
- 77) LEGROS R., *L'arret BMW et le droit penal europeen*, in *Cahiers de droit européen*, 1980, p. 220 e ss.;
- 78) LEVY N.-R. O'DONOGHUE, *The EU Leniency Programme Comes of Age*, in *World Competition*, 2004, pp. 74 e ss.;
- 79) LOMBOIS C., *Droit pénal international*, Paris, 1971;
- 80) LOPEZ D. E., *Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is Used to Circumvent Non Bis In Idem*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.33:1263, 2000, p. 1267 e ss.;
- 81) MAIL – FOUILLEUL S., *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, 2003;
- 82) MAGINI V.– OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, Torino, 2005;
- 83) MANN K., *Punitive Civil Sanctions: the middelground between criminal and civil law*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 1799 e ss.;
- 84) MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Torino, 1988, p. 299 e ss.;
- 85) MANZINI P., *Antitrust Applicato*, Torino, 2004;
- 86) MANZINI P., *Il principio di legalità nella giurisprudenza del tribunale penale per la ex Jugoslavia*, in *Riv. dir. Int. priv. e proc.*, 2005, p. 679 e ss.;
- 87) MARINI G., voce *Colpevolezza*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Torino, 1988, p. 314 e ss.;
- 88) MAZZILLI A., *La valutazione dei comportamenti antitrust ai fini della determinazione della sanzione: il caso International Mail Express Italy/Poste Italiane*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1, p. 149 e ss.;
- 89) MICHELETTI M., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interpretazione per principi generali e pluralismo giuridico*, nota a Trib. 30 gennaio 2001, causa T-54/99, in *Dir. com. e scambi intern.*, 2003, p. 281 e ss.;
- 90) MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge, 2004;
- 91) NORDLANDER K., *The Commission's Policy on Recidivism: legal certainty for repeat offender?*, in *Competition Law Review*, 2005, p. 55 e ss.;

- 92) NYSSSEN H – PECCHIOLI N., *Il regolamento n. 1/2003: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, pp. 357 e ss.;
- 93) PADOVANI T., *Diritto penale*, Torino, 1999;
- 94) PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legisl. Pen.* 1988, p. 449 e ss.;
- 95) PAGLIARO A., voce *Fatto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 964 e ss.;
- 96) PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1995, p. 659 e ss.;
- 97) PAULIS E.– GAUER C., *Le règlement n. 1/2003 et le principe du ne bis in idem*, in *Concurrences*, 2005, p. 33 e ss.;
- 98) PECORELLA, G. *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, p. 365 e ss.;
- 99) PICONE P., *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, pp. 81 e ss.;
- 100) PIGNATARO L., *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 254 e ss.;
- 101) PISANI N., *L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello Statuto della Corte Internazionale Penale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2001, p. 1370 e ss.;
- 102) POLINSKY A. M. – SHAVELL S., *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, in *Journal of Economic Literature*, 2000, pp. 45 e ss.
- 103) POLO M., *Il modello di deterrenza ottimale*, in *Antitrust: le sanzioni*, a cura di A. TOFFOLETTO e L. TOFFOLETTI, Milano, 1996, p. 74 e ss.;
- 104) POSNER R. ., *An Economic Theory of the Criminal Law*, *Columbia Law Review*, 1985, p. 1193 e ss.;
- 105) POSNER R., *The economics of Justice*, in *Harward University Press*, 1983, p. 225;
- 106) PROSPERETTI L.– SIRAGUSA M.– BERETTA M. –MERINI M., *Economia e Diritto Antitrust. Un'introduzione*, Roma, 2006;

- 107) REYNOLDS M. J., D.G. ANDERSON, *Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues*, in *E.C.L.R.*, 2006, p. 83 e ss.;
- 108) RICHARDSON R., *Guidance without Guidance – A European revolution in Fining Policy? The Commission’s New Guidelines on Fines*, in *ECLR*, 1999, p. 33 e ss.;
- 109) ROBERTI M., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridiche e le vicende modificative*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 1127 e ss.;
- 110) ROSA M. G., *Ignoranza scusabile della legge penale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1725 e ss.;
- 111) ROSOCHOWICZ P. H. , *The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law*, in *E.C.L. R.*, 2004, pp. 752 e ss.;
- 112) ROSSI L.S., *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell’Unione europea*, Milano, 2002;
- 113) SCHIAVANO M.L., *sub. art. 15 l. 287/90* in P. MARCHETTI – L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, 2004, pp. 2387 e ss.;
- 114) SCHINNA’ M., *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 416 e ss.;
- 115) SCHMIDT J., *The New ECMR: “Significant impediment” or “significant improvement”?*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 1555 e ss.;
- 116) SCHWARTZ W. F. , *An Overview of The economics of Antitrust Enforcement*, in *Geo. L. J.*, 1980, pp. 1075 e ss.;
- 117) SHAVELL S., *The Optimal Structure of Law Enforcement*, in *Journal of Law and Economics*, 1996, vol. 36, p. 255 e ss.;
- 118) SLOT, P. J., *A view from the mountain: 40 years of development in EC Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 443 e ss.;
- 119) SOAMES T. – MAUDHUIT S. , *Changes in EU Merger Control: Part 1*, in *E. C. L. R.*, 2005, pp. 57 e ss.;
- 120) STELLA F., *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, 1995, p. 1254 e ss.;
- 121) STIGLER G., *A theory of Oligopoly*, 44 *Journal of Political Economy*, 72 (1964);

- 122) STIGLER G.J., *The Optimum Enforcement of Laws*, in *Journal of Political and Economy*, 1970, p. 526 e ss.;
- 123) STORTONI L., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1313 e ss.;
- 124) T. PADOVANI, *Diritto penale*, Torino, 1999;
- 125) TELCHINI I., *Irrilevanza del carattere penale o amministrativo attribuibile alle sanzioni pecuniarie, agli effetti della salvaguardia dei diritti dei singoli nelle impugnazioni davanti alla Corte di Giustizia CEE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, I, 1984, p. 451 e ss.;
- 126) TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003;
- 127) TORREMANS P., *Extraterritorial Applications of E.C. and U.S. Competition Law*, in *European Law Review*, 2000, p. 99 e ss.;
- 128) TRAINA D.M. *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d. lgs 30 dicembre 1999, n. 507*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, p. 353 e ss.;
- 129) VAN BAEL I., *Fining à la carte: The Lottery of EU Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 237 e ss.;
- 130) VAN DEN WYNGAERT C. – STESENS G, *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, p. 793 e ss.;
- 131) VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto Discipl. Penalistiche*, 1994, p. 278 e ss.;
- 132) VERVAELE J. A. E., *El principio ne bis in idem en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el Espacio Judicial Europeo*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 5 ottobre 2004, reperibile anche sul sito www.iustel.com.;
- 133) WAELBROECK D., "Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long". *The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Fundamental Rights*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2002, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2001/Waelbroeck.pdf, p. 5 e ss.;

- 134) WAISMER M. – THWAITES N., *The “Battle of the Pillars”: Does the European Community have the power to approximate national criminal law*, in *E. L. Rev.*, 2000, pp. 613 e ss.;
- 135) WERDEN G. J., *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, in *Antitrust Law Journal*, 2004, p. 720 e ss.;
- 136) WHISH R., *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis Butterworths, 2003;
- 137) WILS W. P. J., *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, *World Competition*, 2006, pp. 183 e ss.;
- 138) WILS W.P.J., *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention Européenne des droits de l’homme*, in *Cahiers de droit européenne*, 1996, p.353 e ss.;
- 139) WILS W.P.J., *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in corso di pubblicazione in *World Competition* 2007, vol. 30, n. 1,
- 140) WILS W.P.J., *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 567 e ss.;
- 141) WILS W.P.J., *The Commission Notice on the Non-Imposition or Reductions of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis*, in *European Law Review*, 1997, p. 133 e ss.;
- 142) WILS W.P.J., *The Undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringement to natural or legal person*, in *European Law Review*, 2000, p. 99 e ss.;
- 143) WILS W.P.J., *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require Not Only Fines on Undertakings, But also Individual Penalties, and in Particular Imprisonment?*, in *European Competition Law Annual 2001, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford – Portland Oregon, 2003, p. 499 e ss.;
- 144) WILS W.P.J., *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 17 e ss.;
- 145) WILS W.P.J., *The Commission’s New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases*, in *European Law Review*, 1998, p 252 e ss.;
- 146) WILS W.P.J., *The EU Network of Competition Authorities, the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the EU*, reperibile sul sito www.eui.it, contributo in occasione

dell'EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2002, p. 17 e ss.;

147) WILS W.P.J., *The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economics Analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 131 e ss.;

148) WILS, W. P. J., *EC Competition Fines: To Deter or Not to Deter*, in *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Essay in Law & Economics*, The Hague, London, New York, 2001;

149) WILS, W. P. J., *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A legal and Economic Analysis*, in corso di pubblicazione su *World Competition* 2007;

150) YEUNG K., *Quantifying Regulatory Penalties: Australian Competition Law Penalties in Perspective*, in *Melbourne University Law Review*, 1999, pp. 440 e ss.

151) ZAFFARONI, E. R. *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 2003, p. 339 e ss.;

152) ZUEELEG M. , *Criminal sanctions to be Imposed on Individual as Enforcement Instrument*, in *2001 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings*, www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2001/4-zueeleg.pdf,

153) ZULEEG M., *Criminal Sanctions to Be Imposed on Individuals As Enforcement Instruments in European Competition Law*, in *European Competition Law Annual 2001, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford – Portland Oregon, 2003, p. 453 e ss.

154) W. P. J. WILS, *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A legal and Economic Analysis*, in corso di pubblicazione su *World Competition*, 2007

GIURISPRUDENZA CITATA

Corte di Giustizia e Tribunale di primo grado

- 1) Sentenza della Corte 5 maggio 1966, *Gutmann c. Commissione*, cause riunite 18/65 e 35/65, in *Racc.* 1966, p. 149;
- 2) Sentenza della Corte del 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e a. c. Bundeskartellamt*, causa 14/68, in *Racc.*, 1969, p. 1;
- 3) Sentenza della Corte del 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Città di Ulm-Sozialamt*, causa 29/69, in *Racc.*, 1969, p. 419;
- 4) Sentenza della Corte del 15 luglio 1970, *ACF Chemiefarma c. Commissione*, causa 42/69, in *Racc.*, 1970, p. 661;
- 5) Sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11/70, in *Racc.*, 1970, p. 1125;
- 6) Sentenza della Corte del 25 novembre 1971, *Béguelin Import c. G.L. Import Export*, causa 22/71, in *Racc.*, 1971, p. 949;
- 7) Sentenza della Corte del 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione*, causa 48/69, in *Racc.*, 1972, p. 619;
- 8) Sentenza della Corte 14 luglio 1972, *J.R. Geigy Ag*, causa 52/69, in *Racc.*, 1972, p. 787;
- 9) Sentenza della Corte del 14 dicembre 1972, *Boehringer Mannheim GmbH c. Commissione*, causa 7/72, in *Racc.*, p. 12821;
- 10) Sentenza della Corte del 21 febbraio 1973 *Europeimballage Corporation e Continental Can Inc.*, causa 6/72, in *Racc.*, 1972, p. 215;
- 11) Sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *BRT/SABAM*, causa 127/73, in *Racc.*, 1974, p. 51;
- 12) Sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *Louwage c. Commissione*, causa 148/73, in *Racc.*, 1974, p. 81;
- 13) Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, *Sacchi*, causa 155/73, in *Racc.*, 1974, p. 409;
- 14) Sentenza del 13 novembre 1975, *General Motors Continental NV c. Commissione* causa 26/75, in *Racc.* 1975, p. 1367;

- 15) Sentenza della Corte del 16 dicembre 1975, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie U.A. e a. c. Commissione*, cause riunite 40 a 48, 50, 54, 55, 56 111, 113 e 114/73, in *Racc.*, 1975, p. 1663;
- 16) Sentenza della Corte del 16 dicembre 1976, *Suiker Unie U.A. e a. c. Commissione*, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73, 114/73, in *Racc.*, p. 1663;
- 17) Sentenza della Corte del 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continental B.V. c. Commissione*, causa 27/76, in *Racc.*, 1978, p. 207.
- 18) Sentenza del 1° febbraio 1979, *Miller International Schallplatten GmbH c. Commissione*, causa 19/77, in *Racc.*, 1978, p. 131;
- 19) Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche et Co. Ag c. Commissione*, causa 85/76, in *Racc.*, 1979, p. 461;
- 20) Sentenza della Corte del 6 marzo 1979, *Simmenthal c. Commissione*, causa 92/78, in *Racc.*, 1979, p. 777;
- 21) Sentenza del 12 luglio 1979, *BMW Belgium ed altri c. Commissione*, cause riunite 32, 36-82/78, in *Racc.*, 1979, p. 2435;
- 22) Sentenza della Corte del 12 luglio 1979, *BMW*, causa 32/78 e 36-38/78, in *Racc.*, 1979, p. 2435;
- 23) Sentenza della Corte del 10 luglio 1980, *Commissione c. Regno Unito*, causa 32/79, in *Racc.*, 1980, p. 2403;
- 24) Sentenza della Corte del 29 ottobre 1980, *Heintz Landewyck Sarl c. Commissione*, cause riunite da 209/78 a 215/78 a 218/78, in *Racc.*, 1980, p. 3125;
- 25) Sentenza della corte del 29 ottobre 1980, *Heintz Van Landewyck sarl e a c. Commissione*, cause riunite da 209 a 215 e 218/78, in *Racc.*, 1980 p. 3125;
- 26) Sentenza della Corte del 29 ottobre 1980, *FEDETAB*, cause riunite da 209 a 215 e 218/78, in *Racc.*, 1980, p. 3125;
- 27) Sentenza della Corte del 12 novembre 1981, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Meridionale Industrie Salumi e a.*, cause riunite da 212 a 217/80, in *Racc.*, 1981, p. 2735;
- 28) sentenza della Corte del 15 luglio 1982, *Edeka*, causa 245/81, in *Racc.*, 1982, p. 2745;

- 29) Sentenza della Corte del 2 marzo 1983, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c. Commissione*, causa 7/82, in *Racc.*, 1982, p. 483;
- 30) Sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *Musique Diffusion Française c. Commissione*, cause riunite 100-103/80, in *Racc.*, 1983, p. 1825;
- 31) Sentenza della Corte del 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEG c. Commissione*, in *Racc.*, 1983, p. 3151;
- 32) sentenza della Corte dell'8 novembre 1983, *NV IAZ International Belgium e a. c. Commissione*, cause riunite da 96 a 102/82, 104/82, 105/02, 108/82 e 110/82, in *Racc.*, 1983, p. 3369;
- 33) sentenza della Corte del 9 novembre 1983, *Nv Nederlandsche Banden – Industrie – Michelin c. Commissione*, causa 322/81, in *Racc.* 1983, p. 3461;
- 34) Sentenza della Corte del 22 febbraio 1984 *Gerda Kloppenburg c. Finanzamt Leer.*, causa 70/83, in *Racc.*, 1984, p. 1075;
- 35) Sentenza della Corte del 28 marzo 1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines Sa e Rheinzink GmbH c. Commissione*, cause riunite 29 e 30/83, in *Racc.*, 1984, p. 1679;
- 36) Sentenza della Corte del 10 luglio 1984, *Kirk*, causa 63/83, in *Racc.*, 1984, p. 2689;.
- 37) Sentenza della Corte del 25 settembre 1984, *Karl Koenecke GmbH c. Bundesanstalt fuer Landwirtschaftliche Marktordnung*, causa 117/83, in *Racc.*, 1984, p. 3291;
- 38) Sentenza della Corte del 12 luglio 1985, causa C-170/83, *Hydroterm c. Compa*, in *Racc.*, 1985, p. 3016;
- 39) Sentenza della Corte del 17 settembre 1985, cause riunite 25/84 e 26/84 *Ford e Ford Europe c. Commissione*, in *Racc.*, 1985, p. 2725;
- 40) Sentenza della Corte dell'11 marzo 1987, *Van der Bergh en Jurgens c. Commissione*, in *Racc.*, 1987, p. 1155;
- 41) Sentenze della Corte del 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione c. Italia, in *Racc.* p. 2599;
- 42) Sentenza della Corte dell'8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, causa 80/86, in *Racc.*, 1987, p. 3969;
- 43) Sentenza della Corte del 12 novembre 1987, *Ferriere San Carlo c. Commissione*, in *Racc.*, 1987, p. 4435;

- 44) Sentenza della Corte del 4 maggio 1988, causa 30/87, *Corinne Bodson c. Sa Pompes funébres des Régions libérées*, in *Racc.*, p. 1988, p. 2479;
- 45) Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, Imprese produttrici di “paste di legno” c. Commissione, cause riunite 89/85, 104/85, 114/85, 125/85-129/85, in *Racc.*, p. 5193;
- 46) Sentenza della Corte del 21 settembre 1989, causa C-68/88, Commissione c. Repubblica Greca, in *Racc.* 1989, p. I-2965;
- 47) Sentenza della Corte del 18 ottobre 1989 *Orkem Sa c.* Commissione, causa 374787, in *Racc.*, 1989, p. 3283;
- 48) Sentenza della Corte del 18 ottobre 1989, *Orkem c.* Commissione, causa 374/87, in *Racc.*, 1989, p. 3283;
- 49) Sentenza della Corte dell’8 febbraio 1990, *Tipp-ex GmbH & Co Kg c.* Commissione, causa 279/87, in *Racc.*, 1990, p. I-2161;
- 50) Sentenza della Corte del 14 febbraio 1990, *Delacre e a. c.* Commissione, causa C-250/88, in *Racc.*, 1990, p.I-395;
- 51) Sentenza della Corte del 13 marzo 1990, Commissione c. *Francia*, causa C-30/89, in *Racc.*, 1990, p. I-691;
- 52) Sentenza del 23 aprile 1991, *Höfner e Elser c. Macroton GmbH*, causa C-41/90, in *Racc.*, 1991, p. I-1979;
- 53) Sentenza della Corte del 3 luglio 1991, *Akzo Chemie BV c.* Commissione, causa C-62/86, in *Racc.*, 1991, p. I- 3359;
- 54) Sentenza del Tribunale del 24 ottobre 1991, *Rhône-Poulenc c.* Commissione, causa T-1/89, in *Racc.*, 1991, p. II-1934;
- 55) Sentenza del Tribunale del 17 dicembre 1991, *Enichem Anic s.p.a. c.* Commissione, in *Racc.*, 1991, p. II-1623;
- 56) Sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992, *Shell c.* Commissione, causa T-11/89, in *Racc.*, 1992, p. II-757;
- 57) Sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992, *Imperial Chemical Industries Plc c.* Commissione, causa T-13/89, in *Racc.*, 1992, p. II-1021;
- 58) sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992, *Solvay & Cie SA c.* Commissione, causa T-12/89, in *Racc.*, 1992, p. II-907;
- 59) Sentenza del Tribunale del 2 luglio 1992, *Dansk Pelsdyravlerforening c.* Commissione, T- 61/89, in *Racc.*, 1992, p. II-19131;

- 60) Sentenza del 27 ottobre 1992, Repubblica Federale di Germania c. Commissione, causa C-240/90, in *Racc.*, 1992, p. I-5383;
- 61) Sentenza della Corte del 31 marzo 1993, *A. Ahlström Osaakeyhtioe* e a. c. Commissione (Pasta di legno), cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, in *Racc.*, 1993, p. I-1307;
- 62) Sentenza del Tribunale del 1 aprile 1993, *BPB Industries Plc. e British Gypsum Ltd.* c. Commissione, causa T-65/89, in *Racc.*, 1993, p. II-389;
- 63) Sentenza del Tribunale di primo grado *Sca Holding Ltd* c. Commissione, causa T-327/94, in *Racc.*, p.II-1373;
- 64) Sentenza del Tribunale del 23 febbraio 1994, *Groupement des Cartes Bancaries "cb" e Europay International SA* c. Commissione, cause riunite T-39/92 e T-40/92, in *Racc.*, 1994, p. II- 49;
- 65) Sentenza del Tribunale del 28 aprile 1994, *All Weather Sports Benelux BV* c. Commissione, causa T-38/92, in *Racc.*, 1994, p. I-211;
- 66) Sentenza del Tribunale del 7 luglio 1994, causa T-43/92, *Dunlop Slazenger* c. Commissione, in *Racc.*, 1994, p. II-441;
- 67) Sentenza del Tribunale del 14 luglio 1994, *Herlitz AG* c. Commissione, T-66/92, in *Racc.*, p. II-531;
- 68) Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 gennaio 1995, causa T-102/92, *Viho Europe Bv* c. Commissione, in *Racc.*, 1995, p. II-17;
- 69) Sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995, *G.M. Martinelli* c. Commissione, causa T-150/89, in *Racc.*, 1995, p.II-1165;
- 70) Sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, *Sotralentz SA* c. Commissione, causa T-149/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1127;
- 71) Sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Tréfileurope Sales Sarl* c. Commissione, in *Racc.*, 1995, p. II-791;
- 72) Sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995, *Societe Metallurgique de Normandie* c. Commissione, causa T-147/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1057;
- 73) Sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995, *Societe des Treillis et Panneux Soudes* c. Commissione, causa T-151/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1191;
- 74) Sentenza della Corte del 24 ottobre 1995, causa C-266/93, *Volkswagen* e *VAG Leasing*, in *Racc.*, 1995, p. I-3477;
- 75) Sentenza della Corte del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* e a., in *Racc.* pag. I-4013;

- 76) Sentenza della Corte del 14 dicembre 1995, *Banchero*, causa C-387/93, in *Racc.*, 1995, p. I-4663;
- 77) Ordinanza della Corte del 25 marzo 1996, causa C-137/95P, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Oragnisaties in de Bounwnijverheid* e a. c. Commissione (SPO), in *Racc.*, 1996, p. I-1611;
- 78) Sentenza del Tribunale dell'8 ottobre 1996, *Compagnie Maritime Belge Transports SA* e a. c. Commissione, causa T-24/93, in *Racc.*, 1996, p. II-1201;
- 79) Sentenza della Corte del 12 dicembre 1996, *X*, cause riunite C-74795 e C-129/95, in *Racc.*, 1996, p. I-6609;
- 80) Sentenza della Corte del 18 marzo 1997, *Diego Calì & Figli srl c. Servizi ecologici porto di Genova s.p.a.*, causa C-343/95, in *Racc.*, 1997, p. I-1547;
- 81) Sentenza della Corte del 15 aprile 1997, *Irish Farmers Associations* e a. c. Commissione, causa C-22/94, in *Racc.*, 1997, p. I-1809;
- 82) Sentenza della Corte del 17 luglio 1997, causa C-219/95P, *Ferriere Nord Spa* c. Commissione, in *Racc.*, 1997, p. I-4411,
- 83) Sentenza della Corte del 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre II*, in *Racc.* 1997, p. I-7119;
- 84) Sentenza del Tribunale del 14 aprile 1998 *NV Koninklijke KNP BT* c. Commissione, causa T-309/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1007;
- 85) Sentenza del Tribunale 14 maggio 1998, causa T-348/94, *Enso Española* c. Commissione, in *Racc.*, p. II-1875, p. 56;
- 86) Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Mayr Melnohof Kartongesellschaft mbH* c. Commissione, causa T-347/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1751;
- 87) Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Sarriò SA* c. Commissione, causa T-334/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1439;
- 88) Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *BPB de Eendracht NV* (già *Kartonfabriek de Eendracht NV*) c. Commissione, causa T-319/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1331;
- 89) Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Fiskeby Board AB* c. Commissione, causa T-319/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1331;
- 90) Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Weig* c. Commissione, causa T-317/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1235;

- 91) Sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft MbH* c. Commissione, causa T-347/94, in *Racc.*, 1998, p. II-1751;
- 92) Sentenza della Corte del 28 maggio 1998, *John Deere Ltd.* c. Commissione, causa C-7/95P, in *Racc.*, 1998, p. I-3111;
- 93) Sentenza della Corte del 18 giugno 1998, Commissione c. Italia (“*Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali*”) causa C-35/96, in *Racc.*, 1998, p. I-3851;
- 94) Sentenza del Tribunale del 11 marzo 1999, *NMH Stahlwerke GmbH* c. Commissione, causa T-134/99, in *Racc.*, 1999, p. II-239;
- 95) sentenza del Tribunale dell’11 marzo 1999, *Thyssen Stahl AG* c. Commissione, causa T-141/94, in *Racc.*, 1999, p. II-263;
- 96) Sentenza Tribunale prima istanza del 25 marzo 1999, *Gencor Ltd* c. Commissione, causa T-102/96, in *Racc.*, 1999, p. II-753;
- 97) Sentenza del Tribunale del 20 aprile 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij* v. Commissione, cause T-305/94, in *Racc.*, 2000, p. II-931;
- 98) Sentenza del 16 settembre 1999, *Jean Claude Becu* e a, causa C-22/98, in *Racc.*, 1999, p. I- 5665;
- 99) Sentenza della Corte del 21 settembre 1999, *Albany*, causa C-67/96, in *Racc.*, 1999, p. I-5751;
- 100) Sentenza della Corte dell’8 luglio 1999, causa 199/92P, *Hüls AG* c. Commissione, *Racc.*, p. I-4287;
- 101) Sentenza della Corte dell’8 luglio 1999, *Montecatini s.p.a.* c. Commissione, causa C-235/92P, in *Racc.* 1999, p. I-4539;
- 102) Sentenza della Corte dell’8 luglio 1999, causa C-49/92, Commissione c. *Anic Partecipazioni* c. Commissione, in *Racc.*, 1999, p. I-4125;
- 103) Sentenza del Tribunale del 15 marzo 2000, *Cimenteries CBR* e a. c. Commissione, cause riunite T-25/95 e ss., in *Racc.*, 2000, p. II-491;
- 104) Sentenza della Corte del 12 settembre 2000, *Pavlov* e.a., cause riunite e da C-180/98 a 184/98, in *Racc.*, 2000, p. I-6451;
- 105) Sentenza del Tribunale del 26 ottobre 2000, causa T-41/96 *Bayer AG* c. Commissione, in *Racc.*, 2000, p. II-3383;
- 106) Sentenza della Corte del 6 novembre 2000, *Finnboard* c. Commissione, causa C-298/98 P, in *Racc.* pag. I-10157;

- 107) Sentenza della Corte del 16 novembre 2000, *Metsä – Serla c. Commissione*, causa C-298/98, in *Racc.*, 2000, p. I-10171;
- 108) Sentenza della Corte del 16 novembre 2000, *NV Koninklijke KNP BT c. Commissione*, causa C- 248/98, in *Racc.*, 2000, p. I-9641;
- 109) Sentenza del Tribunale del 12 luglio 2001, cause riunite T-202/98, T-204/98 e T-207/98, *Tate & Lyle plc, British Sugar plc e Napier Brown & Co Ltd c. Commissione*, in *Racc.*, 2001, p. II-2035;
- 110) Sentenza della Corte del 18 ottobre 2001, causa C-354/99, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.* 2001, p. I-7657;
- 111) Sentenza del Tribunale di primo grado del 13 dicembre 2001, *Krupp Thyssen Stainless GmbH e a. c. Commissione*, cause riunite T-45 e 47/98, in *Racc.*, 2001, p. II-3757
- 112) Sentenza del tribunale del 13 dicembre 2001, *Compañia española para la fabricación de aceros inoxydables SA (Acerinox) c. Commissione*, causa T-48/98, in *Racc.*, 2001, p.II-3859;
- 113) Sentenza della Corte del 19 febbraio 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, causa C-309/99, in *Racc.*, 2002, p. I-1577;
- 114) Sentenza del Tribunale di primo grado del 28 febbraio 2002, *Stora Kopparbergs Bergslags Ab c. Commissione*, causa T-354/9, in *Racc.*, p.II-2111;
- 115) Sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002, *LR AF 1998 A/S c. Commissione*, causa T-23/99, in *Racc.*, p. II-1705;
- 116) Sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *HFB e a. c. Commissione*, causa T-9/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1487;
- 117) Sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *ABB Asea Brown Boveri Ltd. c. Commissione*, causa T-31/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1881;
- 118) Sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, *Sigma Technologie c. Commissione*, causa T-28/99, in *Racc.*, 2002, p. II-1845;
- 119) Sentenza del Tribunale del 26 settembre 2002, *Sgaravatti Mediterranea s.r.l. c. Commissione*, causa T-199/99, in *Racc.*, 2002, p. II-3731;

- 120) Sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-8375;
- 121) Sentenza della Corte del 11 novembre 2002, *Käserei Champignon Hofmei Ster GmbH & Co. Kg c. Hauptzollamt Hamburg –Jonas*, causa C-210/00, in *Racc.*, 2002, p. I-11695;
- 122) Sentenza della Corte del 16 novembre 2002 *Cascades c. Commissione*, causa C-279/98P, in *Racc.*, 2000, p. I-9693;
- 123) Sentenza del Tribunale del 4 marzo 2003, *FENIN* causa T-319/99, in *Racc.*, 2003, p. II-357;
- 124) Sentenza del tribunale del 19 marzo 2003, *CMA CGM, Cho Yang Shipping Co. Ltd. c. Commissione*, causa T-213/00, in *Racc.*, 2003, p. II-913;
- 125) Sentenza del Tribunale di primo grado del 9 luglio 2003, *Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd.*, c. Commissione, causa T-223/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2553;
- 126) sentenza del Tribunale di primo grado del 9 luglio 2003, *Archer Daniels Midland Company e Archer Daniels Midland Ingredients Ltd. c. Commissione*, causa T-224/00, in *Racc.*, p. II- 2259.
- 127) Tribunale del 9 luglio 2003, *Daesang Corp. e a. c. Commissione*, causa T-223/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2733.
- 128) sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Cheil Jedang Corp. c. Commissione*, T- 220/00, in *Racc.*, 2003, p. II-2473;
- 129) Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, *Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd c. Commissione*, causa T-223/00, in *Racc.*, 2003, p. II- 2553;
- 130) Sentenza della Corte del 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, causa C-198/01, in *Racc.*, 2003, p. I-8055;
- 131) Sentenza del 18 settembre 2003, causa C-338/00 *Volgswagen AG c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, p. I-9189;
- 132) Sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, *Manufacture Française des pneumatiques Michelin c. Commissione*, causa T-203/01, in *Racc.*, 2003, p. II-4071;
- 133) Sentenza del Tribunale dell'11 dicembre 2003, *Minoan Lines c. Commissione*, causa T- 66/99, in *Racc.*, 2003, p. II-5525;
- 134) Sentenza del Tribunale dell'11 dicembre 2003, *Adriatica Navigazione s.p.a. c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, p. II-5349;

- 135) Sentenza della Corte del 1° gennaio 2004, *Aalborg Portland A/S e a. c. Commissione*, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P, C-219/00P, in *Racc.*, 2004, p. I-123;
- 136) Sentenza della Corte del 6 gennaio 2004, *BAI c. Bayer*, cause riunite C-2/01P e C-3/01P, in *Racc.*, 2004, p. II-6349;
- 137) Sentenza del Tribunale del 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd, e a. c. Commissione*, in *Racc.*, 2004, p. II- 1181;
- 138) Sentenza della Corte del 10 marzo 2005, *Miraglia*, causa C-469/03, in *Racc.*, 2005, p. I-2009;
- 139) Sentenza del 15 giugno 2005, cause T-71/03, 74/03, 87/03 e 91/03, *Tokai Carbon e a. c. in Racc.*, 2005, p. II-10;
- 140) Sentenza della Corte del 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S e a. c. Commissione*, cause C-189/02P, C-202/02P, da C-205/02P a C-208/02P e C-213/02P, in *Racc.*, 2005, p. I-5425;
- 141) Sentenza del Tribunale del 15 settembre 2005, causa T-325/01, *Daimler-Chrysler AG c. Commissione*, in *Racc.*, 2005, p. II-3319;
- 142) Sentenza del Tribunale del 6 ottobre 2005, *Sumitomo Chemical Co. Ltd e Sumitomo Fine Chemicals Co. Ltd. c. Commissione*, cause riunite T-22/02 e T-23/02, in *Racc.*, 2005, p. II- 4065;
- 143) Sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2005, *Groupe Danone c. Commissione*, causa T-38/02, in *Racc.*, p. II- 4407;
- 144) Sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005, *Union Pigments AS c. Commissione*, causa T-62/02, in *Racc.*, 2005, p. II-5057;
- 145) sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005 *Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG c. Commissione*, causa T-64/02, in *Racc.*, 2005, p. II5137;
- 146) Corte con ordinanza del 16 febbraio 2006, causa C-111/04P *Adriatica Navigazione s.p.a. c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 147) Sentenza della Corte del 9 marzo 2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 148) Sentenza del Tribunale del 15 marzo 2006, *BASF AG c. Commissione*, causa T-15/02, in *Racc.*, 2006, p. II-487;
- 149) Sentenza del Tribunale del 5 aprile 2006, *Degussa AG c. Commissione*, causa T-279/02, in *Racc.*, 2006, p. II-897;

- 150) Sentenza della Corte del 18 maggio 2006, *Archer Daniels Midland Co.* c. Commissione, causa C- 397/03P, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 151) Sentenza della Corte del 29 giugno 2006, *SGL Carbon AG* c. Commissione, causa C-308/04P, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 152) Sentenza della Corte del 29 giugno 2006, *Showa Denko KK* c. Commissione, causa C-298/04P, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 153) Sentenza del Tribunale del 4 luglio 2006, *Hoek Loos NV* c. Commissione, causa T-304/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 154) Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, *Archer Daniels Midland Co.* c. Commissione, causa T-59/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 155) Sentenza della Corte del 27 settembre 2006, *Jungbunzlauer AG* c. Commissione, causa T-43/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 156) Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, *Roquette Frères SA* c. Commissione, causa T-322/01, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 157) Sentenza della Corte del 28 settembre 2006, *van Straaten*, causa C-150/05, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 158) Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2006, *Selex* c. Commissione (*Eurocontrol*), causa T-155/04, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 159) Sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG* e a. c. Commissione, causa riunite da T- 259/02 a T-264/02 e T-271/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 160) Sentenza della Corte del 25 gennaio 2007, *Dalmine s.p.a.* c. Commissione, causa C-407/04, non ancora pubblicata in *Raccolta*;
- 161) Sentenza della Corte dell'8 febbraio 2007, *Groupe Danone* c. Commissione, causa C-3/06, non ancora pubblicata in *Raccolta*;

Sentenze della Corte europea dei diritti umani

- 1) Sentenza della Corte europea dei diritti umani dell'8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, Serie A, n. 22;
- 2) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 27 febbraio 1980, *Deweew c. Belgio*;
- 3) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, Serie A, n. 43;
- 4) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 26 marzo 1982, *Adolf*, Serie A n. 49;
- 5) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, serie A., n. 22;
- 6) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, Serie A n. 82;
- 7) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 25 agosto 1985, *Lutz*, serie A, n. 72;
- 8) Report della Commissione europea dei diritti umani del 9 febbraio 1990, Application No. 13258/87, *M. & Co. c. Germania*, in D.R., 1990, 138;
- 9) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, Serie A, n. 176-A;
- 10) Report della Commissione europea dei diritti umani del 30 maggio 1991, *Stenuit c. Austria*, in Volume 232 A, Serie A;
- 11) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 25 febbraio 1992, *Margareta e Roger Andersson c. Svezia*, Serie A n. 226;
- 12) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 25 febbraio 1993, *Funke c.*, Serie A n. 256 A;
- 13) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 22 novembre 1995, *Kokkinakis c. Grecia*, Serie A n. 260;
- 14) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 16 gennaio 1995, *Gestra c. Italia*, Application no. 21072/92;
- 15) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, serie A n. 335;
- 16) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 27 settembre 1995, *G. c. Francia*, Serie A n. 325-B;

- 17) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 23 ottobre 1995, *Grandinger c. Austria*, Serie A n. 238;
- 18) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V;
- 19) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*,
- 20) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, Application No., 24833/94;
- 21) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio*, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VII;
- 22) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*;
- 23) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 12 novembre 2001, *Forum Oil e Gas Oy c. Finlandia*,
- 24) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 3 giugno 2004, *OOO Neste St. Petersburg*, Application n. 69042/01;
- 25) Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 10 novembre 2004, *Anchour c. Francia*, Application No. 67335/01;

DECISIONI DELLA COMMISSIONE

- 1) Decisione della Commissione del 9 dicembre 1971 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 86 del trattato CEE, (IV/26.811 – *Continental Can*), in GUL 117 dell'8.1.1972, p. 25 e ss.;
- 2) Decisione della Commissione del 5 ottobre 1973 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 86 del trattato CE (IV/27.010 *Deutsche Philips GmbH*), in GUL 293 del 20.10.1973, p. 40 e ss.;
- 3) Decisione della Commissione del 15 maggio 1974, 4/292/CEE relativa a un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/400 – *Accordo fra produttori di vetro per contenitori*) in GUL 160, p. 1;
- 4) Decisione della Commissione del 19 aprile 1977 relativa ad un procedimento relativo all'articolo 86 del trattato CE (IV/28.841 – *ABG/Società Petrolifera operante nei Paesi Bassi*), in GUL 7 del 9.5.1977, p. 1 e ss.;
- 5) Decisione della Commissione del 5 settembre 1979 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CEE, (IV/29.021 – *BP KEM-DDSF*), in GUL 286 del 14.11.1979, p. 32 e ss.;
- 6) Decisione della Commissione del 14 dicembre 1979, *Pioneer*, in GUL 60 del 5.3.1980;
- 7) Decisione della Commissione del 27 novembre 1981 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CEE (IV/30.188 – *Moët et Chandon (London) Ltd*) in GUL 94 dell'8.4.1982, p. 7 e ss.;
- 8) Decisione della Commissione del 6 gennaio 1982 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CEE (IV/28.748 – *AEG – Telefunken*), in GUL 117 del 30.04.1982, p. 5 e ss.;
- 9) Decisione della Commissione del 7 dicembre 1982 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CEE (IV/30.070 – *National Panasonic*), in GUL 354 del 16.12.1982, p. 28 e ss.;
- 10) Decisione della Commissione del 5 dicembre 1983 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CEE (IV/30.671 – *IPTC Belgium*) in GUL 376 del 31.12.1983, p. 7 e ss.;
- 11) Decisione della Commissione del 17 ottobre 1983 (IV/30.064, *Cilindri colati in ghisa e in acciaio*) in GUCE, L 317 del 15/11/1983, p.1 e ss.

- 12) Decisione della Commissione del 6 maggio 1984, (*Polistil Arboris*), in *GUL* 136 del 25.5.1984;
- 13) Decisione della Commissione del 6 agosto 1984 relativa ad una procedura ai sensi dell'art. 85 del trattato CE(IV/30.350 *Zinc Producer Group*), in *GUL* 220 del 17.8.1984, p. 27 e ss.;
- 14) Decisione della Commissione del 14 dicembre 1984 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CE (IV/30.809 – *John Deere*), in *GUL* 35 del 7.2.1985, p. 58 e ss.;
- 15) Decisione della Commissione del 19 dicembre 1984 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CEE (IV/29.725 – *Pasta per carta*), in *GUL* 85 del 26.3.1985, p. 1 e ss.;
- 16) Decisione della Commissione del 23 aprile 1986 relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 85 del trattato CEE (IV/31.149 – *Polipropilene*), in *GUL* 230 del 18.8.1986, p. 1 e ss.;
- 17) Decisione della Commissione del 18 dicembre 1987, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CEE (IV/31.503 – *Konika*), in *GUL* 78 del 23.3.1988, p. 34 e ss.;
- 18) Decisione della commissione del 21 dicembre 1988 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/30.979 e 30.394 – *Decca Navigator System*), in *GUL* 43 del 15.2.1989, p. 27 e ss.;
- 19) decisione della Commissione, 89/515/CEE del 2 agosto 1989, IV/31.553 - *Rete metallica elettrosaldata*, in *GUCE L* 260 del 06/09/1989 p. 1 e ss.;
- 20) Decisione della Commissione del 13 dicembre 1990, relativa ad una procedura ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/32.026 - *Bayo – n – ox*), in *GUL* 21 del 26 gennaio 1990, p. 71 e ss.;
- 21) Decisione della Commissione del 19 dicembre 1990 relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 85 del trattato CEE (IV/33.133-C), in *GU* del 15.6.1991, p. 21 e ss.;
- 22) Decisione della Commissione del 30 luglio 1990 relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 85 CEE (IV/32.659 – *Programma IATA agenzie passeggeri*), in *GUL* 258 del 16.9.1991, p. 18 e ss.;
- 23) Decisione della Commissione del 14 luglio 1999 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 82 del trattato CE (IV/D-2/34.780 – *Virgin/British Airways*), in *GUL* 30 del 4.2.2000, p. 1 e ss.;

- 24) Decisione della Commissione del 20 luglio 1999, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 81 del trattato CE (COMP/IV.36.888 – *Coppa del mondo di calcio 1998*), in *GU L* 5 dell'8.1.2000, p. 55 e ss.;
- 25) Decisione della Commissione del 25 luglio 2001, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 82 del trattato CE (COMP/C-1/36.919 – *Deutsche Post AG – Intercettazione di posta transfrontaliera*), in *GU L* 331 del 15.12.2001, p. 40 e ss.;
- 26) Decisione della Commissione del 30 ottobre 2002 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 81 del trattato CE e dell'art. 65 dell'accordo SEE (COMP/35.587 *PO Video Games*, COMP/35.706 *Nintendo Distributions* e COMP/36.321 *Omega Nintendo*), in *GU L* 255 dell'8.10.2003, p. 33 e ss.;
- 27) Decisione della Commissione del 17 dicembre 2002, (COMP/E – 2/37.667 – *Graffiti speciali*) – Comunicato stampa IP/02/1906 del 17.12.02.
- 28) Decisione della Commissione del 17 dicembre 2002, 5083 final, COMP/E – 2/37.667 – *Graffiti speciali* – Comunicato stampa IP/02/1906 del 17.12.02;
- 29) Decisione della Commissione del 21 novembre 2003 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 81 del trattato CE e dell'art. 65 dell'accordo SEE (COMP/E-1/37.512 – *Vitamine*), in *GU L* 6 del 10.1.2003, p. 1 e ss.;
- 30) Decisione della Commissione del 2 aprile 2003, relativa ad un procedimento di applicazione dell'art. 81 del trattato CE (caso COMP/C.38.279FE – *Carni bovine francesi*), in *GU L* 209 del 19.8.2003, p. 12 e ss.;
- 31) Decisione della Commissione del 24 giugno 2004 relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 81 del trattato CE (IV/38.549 – *Architetti belgi*);

Atti vincolanti di diritto derivato

- 1) Regolamento n. 17 del Consiglio del 6 febbraio 1962 – Primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, in GU L 13, 1962, p. 204 e ss.;
- 2) Regolamento (CEE) n. 2988/74 del Consiglio relativo alla prescrizione in materia di azioni e di esecuzione nel settore del diritto dei trasporti e della concorrenza della Comunità economica europea, in GU L 319 del 29.11.1974, p. 1 e ss.;
- 3) Regolamento (CEE) n. 4064 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GU L 3835 del 31.12.1989;
- 4) Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995 relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità, in *GUCE* L 312 del 23.12.1995;
- 5) Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione del 22 dicembre 1999 relativo all'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3 del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in GU L 336 del 29.12.1999;
- 6) Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GU L 1 del 4.1.2003, p. 1 e ss.;
- 7) Regolamento (CE) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e modifica i regolamenti (CEE) n. 2019/93, (CE) n. 1452/2001, (CE) n. 1453/2001, (CE) n. 1868/1999, (CE) n. 1254/1999, (CE) n. 1673/2000, (CEE) n. 2358/71, (CE) n. 2529/2001, in GU L 270 del 21.10.2003;
- 8) Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GU L 24 del 29.01.2004;
- 9) Decisione Quadro del Consiglio del 24 febbraio 2005, n. 2005/21/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie, in GU L 76 del 22.3.2005, p. 16 e ss.;
- 10)

Atti non vincolanti

- 1) Comunicazione della Commissione sulla non imposizione di ammende o sulla riduzione delle ammende nei casi di intesa tra imprese, in GU C 207 del 18.07.1996, p. 4 e ss.;
- 2) della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, in GU C 372 del 9.12.1997, p. 5 e ss.;
- 3) Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell'art. 65, paragrafo 5 del trattato CECA, in GU C 9 del 14.1.1998, p. 3 e ss.;
- 4) Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, in GU C 45 del 19.2.2002, p. 3 e ss.;
- 5) Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in GU C 101 del 27.04.2004, p. 43 e ss.;
- 6) Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lett. a) del regolamento (CE) n. 1/2003, in GU C 210 del 19.9.2006, p. 2 e ss.;